ISSN: 2588-0837

RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

No.7
Junio
2020

DOI: 10.26807/rfj.v7i7

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del estudiante fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.



RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 7
Junio 2020

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

AUTORIDADES

Rector: Doctor Fernando Ponce León, SJ.
Vicerrector: Doctor Fernando Barredo Heinert, SJ.

Facultad de Jurisprudencia

Decano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Mario Melo Cevallos

Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dra. Ruth García Alarcón

QUITO, ECUADOR

2020

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Unidad Coordinadora: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EQUIPO EDITORIAL

1) EQUIPO DE GESTIÓN EDITORIAL

Dirección/Coordinación Técnica:

Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Contacto: rfj@puce.edu.ec

Director y/o Editor:

Dr. Rubén Carlos Braulio Méndez Reátegui, PhD – Dsc

Contacto: rcmendez@puce.edu.ec

Coordinadora Editorial:

Dra. Graciela Monesterolo Lencioni

Contacto: gamonesterolo@puce.edu.ec

Coordinadora Editorial

Dr. Ivonne Tellez Patarroyo

Contacto: itellez783@puce.edu.ec

Coordinador Editorial:

Mg. Gonzalo Lascano Báez

Contacto: gglascano@puce.edu.ec

Responsabilidades

El equipo de gestión editorial tiene a su cargo la Dirección/Coordinación Técnica de la RFJ y se encuentra conformado por:

1. El director/a editor/a

2. Las/los coordinadoras/es editoriales

El equipo de gestión editorial/técnica tiene a su cargo las labores de gestión y coordinación administrativa de los procesos editoriales de la Revista RFJ. No participa como evaluadoras/es y/o revisores/as, es decir, del proceso *blind peer review* (sistema de pares a <<doble ciego>>). Este proceso es llevado a cabo de forma exclusiva por los miembros del Consejo Editorial y del Comité Editorial y de Evaluadoras/es Externas/os (quienes son en todos los casos académicas/os y/o profesionales investigadoras/es con filiación externa a la PUCE). Su responsabilidad es organizar el proceso de gestión administrativa de los textos remitidos a revista. Por lo tanto, ninguno de sus miembros es responsable de determinar el carácter de publicable de los artículos desde una perspectiva científica. Sin embargo, pueden someter al Consejo Editorial casos de infracción a las reglas de juego que orientan los procesos de la RFJ.

2) CONSEJO EDITORIAL

Miembros

Dr. Carlos Alberto Chinchilla Imbett, PhD. Profesor investigador titular de la Universidad del Externado (Bogotá, Colombia).

Dr. David Fabio Esborraz, PhD. Ricercatore, III livello (matricola n°. 9338), del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) con funzioni presso il Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'.

Dr. Ian Henríquez Herrera, PhD. Profesor titular de la Universidad Finis Terrae (Santiago de Chile, Chile).

Dra. Sandra Margarita Morales Huertas, PhD. Profesora investigadora titular de la Universidad del Externado (Bogotá, Colombia).

Dr. Sheraldine Pinto Oliveros, PhD. Profesor de la Universidad Central de Venezuela y profesora asociada de la Universidad Metropolitana (Caracas, Venezuela).

Dr. Gian Franco Rosso Elorriaga, PhD. Profesor Investigador y Director del Departamento de Derecho Civil y Romano de la Facultad de Derecho Universidad de Los Andes (Santiago de Chile, Chile)

Dr. Luis Carlos Sánchez Hernández, PhD. Profesor investigador titular de la Universidad del Externado (Bogotá, Colombia).

Responsabilidades

El Consejo Editorial tiene a su cargo supervisar el proceso editorial y la calidad científica de la Revista RFJ. En ese sentido, puede emitir recomendaciones orientadas a perfilar a la RFJ como un producto de excelencia internacional. De

manera excepcional, sus miembros pueden participar como evaluadoras/es y/o revisores/as, es decir, del proceso *blind peer review* (sistema de pares a <<doble ciego>>). Sin embargo, su asignación (organizada a través del equipo de gestión editorial) se realiza dentro de lineamientos que apuntan a la total transparencia e imparcialidad. En caso de participar evaluadoras/es y/o revisores/as se inhiben de realizar opiniones o funciones que puedan implicar afectación del código de ética de la revista y/o criterios establecidos por la PUCE, el CACES u otras entidades competentes. Son en todos los casos (100%), académicas/os-profesionales con filiación externa a la PUCE.

3) COMITÉ EDITORIAL Y DE EVALUADORAS/ES EXTERNAS/0S

Miembros Internacionales

RESPONSABILIDADES DEL COMITÉ EDITORIAL Y DE LAS/LOS EVALUADORAS/ES Y/O EVALUADORAS/ES Y/O REVISORES/AS EXTERNAS/OS:

El Comité Editorial y de evaluadoras/es y/o c externas/os; en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto se les atribuyen las siguientes responsabilidades:

1. Rol de revisores/as o arbitraje

Toda persona natural que se encarga de revisar de manera anónima, voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen seguirán las pautas establecidas por la revista RFJ, ajustándose a sus normas editoriales:

http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj/about/submissions

2. Conflicto de intereses

En caso de existir un conflicto de intereses, de cualquier índole, las personas naturales con responsabilidades de revisión se comprometen a informar a la revista RFJ de inmediato, en cualquier momento del proceso y a rechazar su participación como revisor.

3. Confidencialidad

Las personas naturales con responsabilidades de revisión deben respetar el contenido de cada texto en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial. En ese sentido, la RFJ emitirá reconocimientos/certificados una vez concluido el proceso editorial y publicado el número respectivo.

4. Retroalimentación

Toda crítica al artículo se realizará en forma anónima, objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes correspondientes, según lo solicitado por la revista RFJ. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será rechazado.

5. Modalidad de arbitraje

Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (sistema de pares a <<doble ciego>>). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que al menos dos expertos (pudiendo ser más de dos de requerirlo el proceso de evaluación del texto) en la materia sobre la que tratan los evalúan y emiten un dictamen sobre la vialidad de la publicación.

6. Responsabilidades del Comité Editorial y de las/los Evaluadoras/es Externas/os

Junto con el Consejo Editorial, el Comité Editorial y de las/los Evaluadoras/es Externas/os vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

7. Competencia

Junto con el Consejo Editorial, los miembros del Comité Editorial y de las/los Evaluadoras/es Externas/os, son los únicos responsables para determinar el carácter de publicable de los artículos desde una perspectiva científica.

COPE - CÓDIGO DE CONDUCTA Y MEJORES PRÁCTICAS DIRECTRICES PARA EDITORES DE REVISTAS

Antecedentes / estructura

El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de COPE se adhieran. Las Directrices sobre las *Mejores Prácticas* son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque cope espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas (y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido), somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de *Mejores Prácticas* (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las *Mejores Prácticas* aparecen en cursiva.

Deberes y responsabilidades generales de los editores

Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:

1. Tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;

2. Esforzarse para mejorar constantemente su revista;

3. Establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;

4. Abogar por la libertad de expresión;

5. Mantener la integridad del historial académico de la publicación;

6. Impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas; y,

7. Estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del Consejo Editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- *Fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- *Trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo, diseñadores, abogados);*
- *Apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*
- *Apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;*
- *Evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas;*
- *Asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

Relaciones con los lectores

1. Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *Garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*
- *Adoptar procesos que fomenten la exactitud, integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo,* miame, *consort);*
- *Considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *Adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); y,*
- *Informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del Consejo Editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

Relaciones con los autores

1. Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;

2. Los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

3. Los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

4. Debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;

5. Las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;

6. Los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

7. Los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y / o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, icmje: Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores);*
- *Publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación ;*
- *Asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de rechazarlo por intereses contrapuestos);*
- *Respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
- *Guiarse por los diagramas de* flujo *de COPE (http:// publicationethics.org/* flow*charts) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
- *Publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de* flujo *de COPE);*
- *Publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

Relaciones con los revisores

1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

2. Los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;

3. Los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación incluidos los animales-, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);*

- *Animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;*

- *Considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);*

- *Enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;*

- *Favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista ;*

- *Alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;*

- *Realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;*

- *Desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;*

- *Dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;*

- *Asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;*

- *Utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas);*

- *Seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.*

Coordination Unit: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EDITORIAL COMMITTEE

1) Editorial Management Team

Management / Technical Coordination:

Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Contact: rfj@puce.edu.ec

Director and/or Editor:

Dr. Rubén Carlos Braulio Méndez Reátegui, PhD – Dsc

Contact: rcmendez@puce.edu.ec

Editorial Coordinator:

Dra. Graciela Monesterolo Lencioni

Contact: gamonesterolo@puce.edu.ec

Editorial Coordinator:

Dr. Ivonne Tellez Patarroyo

Contact: itellez783@puce.edu.ec

Editorial Coordinator:

Mg. Gonzalo Lascano Báez

Contact: gglascano@puce.edu.ec

EDITORIAL MANAGEMENT TEAM

RESPONSIBILITIES

The editorial management team is in charge of the Direction/Technical Coordination of the RFJ and is made up of:

a) The director/editor

b) The editorial coordinators

The editorial/technical management team is in charge of the management and administrative coordination of the editorial processes of the RFJ Magazine.

It does not participate as evaluators and/or reviewers, that is, in the blind peer-review process (double-blind peer system). This process is carried out exclusively by the members of the Editorial Board and the Editorial Committee and External Evaluators (who are in all cases academic and/or professional researchers with external affiliation to PUCE). Her responsibility is to organize the administrative management process of the texts sent to the magazine. Therefore, none of its members is responsible for determining the publishable nature of articles from a scientific perspective. However, they may submit to the Editorial Board cases of infringement of the rules of the game that guide the RFJ processes.

2) Editorial Board

Members

Responsibilities

The Editorial Board is in charge of supervising the editorial process and the scientific quality of the RFJ Magazine. In this sense, it can issue recommendations aimed at profiling the RFJ as a product of international excellence. Exceptionally, its members can participate as evaluators and/ or reviewers, that is, in the blind peer-review process ("double-blind" peer system). However, its allocation (organized through the editorial management team) is carried out within guidelines that aim at full transparency and

impartiality. In the event that evaluators and/or reviewers participate, they are inhibited from making opinions or functions that may imply affectation of the journal's code of ethics and/or criteria established by PUCE, CACES, or other competent entities. They are in all cases (100%), academic/professionals with external affiliation to PUCE.

3) Editorial and External Evaluators Commitee:

International Members

Dr. Rolando David Andrade Hidalgo, Mgtr. Docente titular principal de la UTPL (Loja, Ecuador).

Dra. Ana Jessenia Arteaga Moreira, LLM. Universidad San Gregorio de Portoviejo (Portoviejo, Ecuador).

Dr. Oscar Andrés del Brutto Andrade, LLM. Docente titular de la Universidad Espíritu Santo (Guayaquil, Ecuador).

Dr. Mario Francisco Cuvi Santacruz, LLM. Docente titular y Decano de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Ecotec (Guayaquil, Ecuador)

Dr. Darío Alcides Díaz Toledo, PhD. Docente titular principal de la UTPL (Loja, Ecuador).

Dr. Hugo Cahueñas Muñoz. Docente de la Universidad San Francisco de Quito (Quito, Ecuador).

Dr. Javier Coronel Zambrano, LLM.Socio del Estudio Jurídico Coronel & Cía.y docente de la Universidad Espíritu Santo (Guayaquil, Ecuador).

Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante, PhD. Docente titular de la Universidad Técnica Particular de Loja. (Loja, Ecuador).

Dr. José Irigoyen Arboleda, PhD. Docente titular de la Universidad San Francisco de Quito (Quito, Ecuador).

Dra. Alegría Jijón Andrade, PhD. Docente de la Universidad de los Hemisferios y Estudio Peréz, Bustamante & Ponce (Quito, Ecuador).

Dra. María Alexandra López Paredes, Mgtr. Docente titular de la Universidad Técnica de Ambato (Ambato, Ecuador).

Dr. Juan Manuel Marchán Maldonado, LLM. Socio del Estudio Peréz, Bustamante & Ponce y docente de la Universidad San Francisco de Quito (Quito, Ecuador).

Dr. Andrés Martínez Moscoso, PhD. Docente titular de la Universidad de Cuenca (Cuenca, Ecuador).

Dra. Natalia Mora Navarro, PhD. Docente del IAEN (Quito, Ecuador).

Dra. Zaira Novoa Rodríguez, LLM. Docente del IAEN (Quito, Ecuador).

Dr. Roberto Passailaigue Baquerizo, PhD. Canciller de la Universidad ECOTEC (Guayaquil, Ecuador).

Dr. Hernán Pérez Loose, PhD. Socio del Estudio Coronel y Pérez y docente de la UEES (Guayaquil, Ecuador).

Dr. Bayardo Poveda González, LLM. Estudio González - Peñaherrera & Asociados (Quito, Ecuador).

Dr. Daniel Robalino Orellana, LLM. Estudio Ferrere (Quito, Ecuador).

Dra. Gabriela Rodríguez Morejón, LLM. Estudio Noboa, Peña y Torres Abogados (Guayaquil, Ecuador).

Dr. Félix Reyes Chévez, LLM. Estudio Coronel & Peréz (Guayaquil, Ecuador).

Dra. María Lorena Ortiz, LLM. Estudio Bustamante & Bustamante (Quito, Ecuador).

Dra. Cristina Ponce Villacís, LLM. Estudio Quevedo & Ponce (Quito, Ecuador).

Dr. Esteban Pérez Medina, LLM. Estudio Carmigniani Pérez (Quito, Ecuador).

Dr. Walter Romero Caballero, LLM. Estudio Ferrere (Quito, Ecuador).

Dra. María Cecilia Romoleroux, LLM. Socia gerente del Estudio Corral Rosales Abogados (Quito, Ecuador).

Dr. Javier Salvador, LLM. Director del Estudio Peréz, Bustamante & Ponce (Quito, Ecuador).

Dr. Jorge Luis Sánchez Cobo, LLM. Estudio Consulegis (Guayaquil, Ecuador).

Dra. Margarita Vélez Casanova, LLM. Estudio Noboa, Peña, & Torres, Abogados (Guayaquil, Ecuador).

Dr. Michael Veintimilla Ambrosi, LLM. Estudio G P & A Abogados (Quito, Ecuador).

Dra. María Isabel Zurita Ramírez, LLM. Estudio Quevedo & Ponce (Quito, Ecuador).

RESPONSIBILITIES OF THE EDITORIAL COMMITTEE AND THE EVALUATORS AND/OR EXTERNAL REVIEWERS:

The Editorial Committee and the evaluators and/or external reviewers; As external peers-reviewers perform the role of ensuring quality criteria in content and objectivity in selection and publication, within the editorial process. For this purpose, the following responsibilities are attributed to them:

1. Role of reviewers or arbitration

Any natural person who is in charge of reviewing anonymously, voluntarily, in solidarity and professionally, according to the forms used in the academy, agrees to assess manuscripts with topics in which they have the capacity and competence to issue an expert judgment. At all times, this review and the opinion will follow the guidelines established by the RFJ magazine, adjusting to its editorial standards:

http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj/about/submissions

2. Conflict of interest

In the event of a conflict of interest of any kind, natural persons with review responsibilities undertake to inform RFJ magazine immediately, at any point in the process, and to reject their participation as a reviewer.

3. Confidentiality

Natural persons with review responsibilities must respect the content of each text in the process of arbitration and will keep it confidential throughout the editorial process. In this sense, the RFJ will issue acknowledgments once the editorial process has been completed and the respective number has been published.

4. Feedback

Any criticism of the article will be made anonymously, objectively, honestly, and respectfully towards the author, who will be able to make the corresponding corrections or adjustments, as requested by the RFJ magazine. In case of not accepting the arbitration, the article will be rejected.

5. Arbitration modality

The articles issued by the authors are sent to the external peer reviewers, under the blind peer review system ("double blind peer system"). This system for evaluating research papers consists of at least two experts (the text evaluation process may be more than two if required) in the subject on which they are evaluated and they issue an opinion on the viability of the publication. .

6. Responsibilities of the Editorial Committee and the External Evaluators

Together with the Editorial Board, the Editorial Committee and the External Evaluators ensure the academic profile of the journal in its field of reflection, in the object of study to which it responds and in relation to the audience to which is directed.

7. Competition

Together with the Editorial Board, the members of the Editorial Committee and the External Evaluators are solely responsible for determining the publishable nature of the articles from a scientific perspective.

Technical-administrative management of the journal

Editorial assistants:

Miss Andrea Estefanía Iglesias Beltrán

Contact: aeiglesias@puce.edu.ec

Mr. Gabriel Suárez Jácome

Contact: jsuarez610@puce.edu.ec

Mrs. Lissangee Mendoza García

Contact: lmendoza000@puce.edu.ec

Diagrammers:

Ing. Mariana Lozada Mondragón

Contact: mlozada685@puce.edu.ec

Ing. Amparo Álvarez Meythaler

Contact: adalvarez@puce.edu.ec

* Full professors of the Faculty of Architecture, Design, and Arts (FA-DA-PUCE).

Mrs. Rachel Romero Medina

Contact: rcromero@puce.edu.ec

* diagramming collaborator.

COPE CODE OF CONDUCT AND BEST PRACTICES GUIDELINES FOR JOURNAL EDITORS

Background / structure

The COPE Code of Conduct for Journal Editors is designed to provide a set of minimum standards to which all COPE members are expected to adhere. The Best Practice Guidelines are more ambitious and were developed in response to editors' requests for guidance on a wide range of increasingly complex ethical issues. Although cope expects all members to adhere to the Code of Conduct for

Journal Editors (and will consider filing complaints against members who have not followed it), we are aware that publishers may not be able to implement all recommendations. Best Practices (which are voluntary), but we hope that our suggestions identify aspects of the journal's policy and practices that can be reviewed and discussed.

In this combined version of the documents, the mandatory standards that make up the Code of Conduct for Journal Editors are shown in round type and with numbered clauses; on the other hand, recommendations regarding Best Practices appear in italics.

General duties and responsibilities of publishers

Editors must be responsible for everything published in their Journals. It means that publishers must:

1. Try to meet the needs of readers and authors;

2. Strive to improve the journal continually;

3. Establish processes to ensure the quality of the material they publish;

4. Advocate for freedom of expression;

5. Maintain the integrity of the publication's academic record;

6. Prevent business needs from compromising intellectual and ethical standards; and,

7. Always be willing to publish corrections, clarifications, retractions, and apologies when necessary.

Best Practices for publishers would include the following actions:

- Actively seek the opinions of the authors, readers, reviewers and members of the Editorial Board on how to improve the journal processes;
- Promote and learn about research on peer review and publish and re-evaluate the processes followed by the journal in light of these new findings;
- Work to persuade the publisher of the publication to provide appropriate resources as well as expert guidance (e.g., designers, lawyers);
- Support initiatives designed to reduce misconduct in relation to research and publication;
- Support initiatives to educate researchers about the ethics of publications;

- Evaluate the effects of the journal's policy on the behavior of the author and the reviewer and review the policies, if necessary, to encourage responsible behavior and discourage the implementation of misconduct;
- Ensure that the press releases issued by the Journal faithfully reflect the message of the article they are about and put them in context.

Relations with readers

1. Readers should be informed of who has funded the research or other academic work, as well as the role, if any, of the funder in research and publication.

Best Practices for publishers would include the following actions:

- Ensure that all published research reports and reviews have been reviewed by qualified personnel (including statistical reviews when necessary);
- Ensure that the non-peer-reviewed sections of the journal are clearly identified;
- Adopt processes that promote the accuracy, completeness, and clarity of research reports, including technical editing and the use of appropriate guidelines and checklists (e.g., miame, consort);
- Consider developing a transparency policy to encourage maximum disclosure of non-research articles;
- Adopt authorship or contribution systems that promote good practices, that is, that reflect who did the work and discourage the implementation of misconduct (for example, ghostwriters and guest authors); and,
- Inform readers of the measures taken to ensure that proposals submitted by staff members of the Journal or Editorial Board receive an objective and impartial evaluation.

Relations with authors

1. Editors' decisions to accept or reject a document for publication must be based on the importance, originality, and clarity of the article, on the validity of the study, as well as on its relevance in relation to the journal's guidelines;

2. Editors will not reverse decisions to accept papers unless serious problems are identified in connection therewith;

3. New editors should not override decisions made by the previous editor to publish submitted articles unless serious issues are identified in relation to them;

4. A detailed description of the peer review processes should be published and the editors should be able to justify any significant deviations from the described processes;

5. Journals must have an explicit mechanism for authors to appeal against editorial decisions;

6. Editors should publish guidelines for authors on all aspects that are expected of them. This guidance must be regularly updated and must refer to or be linked to this code;

7. Editors should provide guidance on authorship criteria and/or who should be included as a contributor following standards within the relevant field.

Best Practices for publishers would include the following actions:

- Review authors' instructions regularly and provide links to relevant guidelines (eg icmje5, Responsible Research Publication: International Standards for Authors);
- Post relevant conflicting interests in relation to all contributors and post corrections if those interests are revealed after posting;
- Ensuring that appropriate reviewers are selected for the articles submitted (ie, individuals who can value the work and are unable to reject it for competing interests);
- Respect the authors' requests that an evaluator does not review their work, provided they are well reasoned and possible;
- Be guided by COPE flow charts (Http: // publicationethics.org/flowcharts) in cases of suspected misconduct or controversy in authorship;
- Publish detailed information on how suspected misconduct cases are handled (for example, with links to the COPE flow diagram);
- Publish the delivery and acceptance dates of the articles.

Relations with reviewers

- Editors should provide guidance to reviewers on what is expected of them, including the need to handle confidentially submitted material with confidence; this guidance should be regularly updated and should refer to or be linked to this code;
- Editors should require reviewers to disclose any potential conflicting interests before reviewing a paper;

- Editors should have systems in place to ensure the protection of reviewers' identities unless they use an open review system, which both authors and reviewers have been informed of.

Best Practices for publishers would include the following actions:

- Encourage reviewers to comment on ethical issues and possible misconduct actions in relation to the research and publication identified in the papers presented (eg unethical research design, insufficient details on the consent of study patients, or on the protection of research subjects, including animals, inappropriate handling and presentation of data, etc.);

- Encourage reviewers to comment on the originality of papers submitted and to be alert to possible repeat posts and plagiarism;

- Consider providing reviewers with tools to detect related publications (for example, links to cited references and bibliographic searches);

- Send the reviewers' comments to the authors in their entirety unless they are offensive or defamatory;

- Promote recognition of the contribution of the reviewers to the journal;

- Encourage academic institutions to recognize peer review activities as part of the academic process;

- Monitor the work of the evaluators and take measures that ensure a high-quality process;

- Develop and maintain a database of appropriate reviewers and update it based on their performance;

- Stop submitting papers to reviewers who consistently issue uneducated, poor-quality, or late reviews;

- Ensure that the reviewer database is a reflection of the academic community for the journal and add new reviewers if necessary;

- Use a wide range of sources (not just personal contacts) to identify new potential reviewers (eg, authors' suggestions, bibliographic databases);

- Follow the COPE flow chart in cases of suspected misconduct by the reviewer.

*El Equipo Editorial de la revista RFJ se encuentra integrado por los miembros del Equipo de Gestión Editorial, el Consejo Editorial y el Comité Editorial y de Revisoras/es Externas/os. El Consejo Editorial y el Comité Editorial y de Revisoras/es Externas/os asume la responsabilidad académica de la revista y se encuentra conformado exclusivamente por docentes e investigadores externos a la PUCE.

AVISO LEGAL

En atención del amparo legal que brinda el Art. 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código Ingenios) del número 1 al número 6 de la revista se ha respetado el formato original de los documentos/artículos remitidos.

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

CUOTA DE GÉNERO

De manera transversal para todos sus órganos, procesos y productos/ secciones, la RFJ intenta que esta no se sitúe por debajo del 25%.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec



Quito, Ecuador, 2020
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR



Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 7
Junio 2020

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL

La Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (RFJ) es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido *prima facie* en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Íñigo Salvador Crespo y el Dr. Efrén Guerrero Salgado, ex decanos de la Facultad de Jurisprudencia, quienes, durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A ellos debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. La RFJ se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta editorial de la RFJse encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los documentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección Revista RFJ



A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como *alma mater* del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Lissangee Stefanía Mendoza García, Rachel Carolina Romero Medina, Mariana Lozada Mondragón y Amparo Álvarez Meythaler.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Asimismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Mario Melo Cevallos
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.242

Ayudas públicas en Ecuador: análisis del mercado de comercialización de productos básicos agrícolas

Public Aid in Ecuador: analysis of the market for agricultural commodities

Christian Narváez Barrera
Investigador jurídico independiente
Abogado asociado de FERRERE Ecuador (equipo de Derecho Corporativo)
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Antonella Cordero Porras
Investigadora jurídica independiente
Abogada asociada en FERRERE Ecuador (equipo de Litigios)
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 61-88, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto determinar si las medidas regulatorias implementadas *de facto* por el Estado ecuatoriano en el mercado de comercialización de productos básicos agrícolas, específicamente, en productos como el maíz, la leche cruda y el suero de leche, y el arroz, cumplen con los objetivos determinados por la Ley de Control de Poder de Mercado y su Reglamento; y, por lo tanto, pueden ser determinadas como ayudas públicas. Conforme se analiza, las ayudas públicas se pueden conferir por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores; y, en el sector agrícola, a efectos impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria. Se concluye que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es el órgano llamado al análisis de la eficiencia de las medidas teniendo en cuenta que, al no existir una política clara de competencia, actualmente, no se puede determinar si

efectivamente estas medidas son económicamente eficientes; o, si por el contrario, las políticas adoptadas en lugar de beneficiar a la economía nacional, la afectan negativamente.

PALABRAS CLAVE: Ayudas públicas, sector agrícola, mercado productos básicos ecuatorianos, fijación de precios.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to determine if the regulatory measures implemented de facto by the Ecuadorian State for the commercialization of primary agricultural products, correctly, in products such as corn, raw milk and whey, and rice, comply with the objectives determined by the Organic Law for the Regulation and Control of Market Power and its Regulations. Furthermore, it can be determined as public aid. As analyzed, public aids can be conferred for reasons of social or public interest, or the benefit of consumers; and, in the Ecuadorian agricultural market in order to promote the production and transformation of food, aimed at guaranteeing food sovereignty and that are granted to small and mediumsized units of community production and of the famous and solidarity economy. It is concluded that the Superintendency of Control of Market Power is the public organism called to analyze the efficiency of the regulatory measures, taking into account that, since there is no clear competition policy, it cannot be determined whether these measures are indeed economically efficient; or on the contrary, the regulations harm the national economy.

KEYWORDS: Public aids, agricultural sector, ecuadorian primary products market, price-fixing.

INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos en el modelo económico ecuatoriano, es usual asociarlo con un modelo extractivista; es decir, dependiente de la explotación de recursos naturales. Si bien, el término extractivismo se asocia directamente con los recursos naturales no renovables, este término no es ajeno a otros sectores de la economía como el sector agropecuario y ganadero.

Ecuador, además de ser un país petrolero es un país fundamentalmente agrícola. (Pino Peralta, et al, 2018) El sector agropecuario, uno de los dos sectores primarios del Estado, desempeña un papel esencial en la economía ecuatoriana, llegando a aportar aproximadamente el 8% del PIB nacional. (Camacho, 2008) Pero, este sector no solo es importante por los ingresos que genera; sino porque, de acuerdo al ex Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca MAGAP, ahora parte del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca; es un sector llamado a responder las necesidades de supervivencia de la población ecuatoriana y la demanda internacional de alimentos. (Naranjo Bonilla, et al, 2016) Sin embargo, dado el carácter benefactor que asumió el Estado en la práctica, ¿se está cumpliendo este objetivo de una manera económicamente eficiente?

En el año 2012, el MAGAP impulsó la llamada "Revolución Agraria", que se fundamentó en un discurso basado en una alegada discriminación al sector campesino y en los problemas que atraviesa un país en vías de desarrollo como es el Ecuador. (Camacho, 2008) Así, el Estado asumió un rol protector del agro, y planteó la Revolución Agraria como una necesidad histórica, una "promesa y deuda al país" para erradicar las viejas estructuras consideradas un obstáculo para el desarrollo y la justicia social. (Vicuña Izquierdo, 2015)

Con fundamento en esta nueva lucha social, el Estado tomó a su cargo el fortalecimiento estructural del sector agropecuario, y decidió intervenir en él, con la consigna de erradicar la pobreza en el campo, garantizar la denominada seguridad alimentaria de la población, y "cristalizar las transformaciones que el país anhela en cuanto a las condiciones de producción y la dignificación del nivel de vida de los campesinos ecuatorianos". (Naranjo Bonilla, et al, 2016, p. 13) Así, el Estado concedió *de facto*, ayudas públicas en el sector agropecuario. A continuación, analizaremos algunas de las medidas adoptas en el mercado de comercialización de productos básicos agrícolas; y, el marco normativo relativo a las ayudas públicas en la legislación ecuatoriana. Este análisis se realiza con el propósito de determinar si estas medidas en efecto

son equivalentes a ayudas públicas bajo la ley; y, cuál debería ser el rol que asuma la autoridad de competencia frente ellas; pues, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado SCPM, es el órgano competente en materia de competencia, que se encuentra facultado para dilucidar si estas regulaciones guardan armonía con las normas ecuatorianas de competencia, y con ello, determinar si esta forma de intervencionismo favorece efectivamente al bienestar general de los ecuatorianos.

1. REGULACIÓN DEL SECTOR AGROALIMENTARIO: EL MAÍZ; LA LECHE CRUDA Y SUERO DE LECHE; Y EL ARROZ.

El Ecuador es un importante comercializador de *commodities*, como el maíz, la leche cruda y el arroz. A partir de la denominada "Revolución Agraria"; y, siguiendo los lineamientos de conceptos como la soberanía alimentaria, el Estado adoptó medidas regulatorias que, conforme se concluye en este análisis, han tenido un equivalente a una ayuda pública; no obstante, en el marco del derecho de competencia, permanece la interrogante relativa a si los efectos de estas regulaciones guardan armonía con las disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado LORCPM; y, si han sido efectivamente para los consumidores, la libre competencia y otros agentes económicos que intervienen en el sector agroalimentario.

1.2. Regulaciones impuestas sobre la comercialización de maíz amarillo duro

El maíz amarillo duro es un producto indispensable para cubrir las necesidades de producción de la cadena productiva, por lo que, es uno de los productos más consumidos a nivel mundial. (Baca, 2016, p. 38) La comercialización del maíz no solo se da para el consumo humano directo, sino constituye alrededor del 60% al 75% de las dietas manejadas de animales de crianza, como son las aves de corral y cerdos, de los cuales se consume también su carne y productos derivados. De ahí la importancia de este producto en la elaboración de otros productos pecuarios, tales como la carne de cerdo, de pollo y huevos. (Baca, 2016, p. 38) En Ecuador, el maíz duro representa

el 55% de la formulación de alimentos para cerdos, y, el 75% del consumo se concentra la industria avícola. (Diario el Telégrafo, 2020) Aproximadamente dos tercios de la producción mundial de maíz se destina a alimentos para animales. (FAO, 2010) En consecuencia, el maíz amarillo duro es la principal materia prima para la elaboración de la comida de pollos y cerdos, por lo tanto, es importante que su precio sea competitivo so pena de generar sobrecostos en la producción de derivados cárnicos, huevos, etc. (Zambrano, 2020)

Las principales regulaciones impuestas por el Estado a la comercialización de maíz son i) implementación de una política de absorción de la cosecha; y, ii) la fijación de precios de sustentación.

En el año 2011 el MAGAP suscribió el Convenio Interministerial entre este y el ex Ministerio de Industrias y Productividad MIPRO, para ejecutar el denominado Plan de Mejora Competitiva del Maíz, con el objeto de alcanzar el autoabastecimiento del maíz hasta el 2015, lo que se busca lograr a través del incremento de la productividad, modernización de la producción y comercialización, el aumento de la infraestructura de almacenamiento del maíz, entre otros. (Ministerio de Agricultura y Ganadería, 2011)

A partir del mes de abril de 2013, a través de la emisión del Acuerdo Ministerial No. 134 el MAGAP impuso la política de fijación del precio de sustentación del maíz con el objeto de que se fije un precio que cubra los precios de producción de este producto y que garantice un ingreso de los productores que permita adquirir la canasta del buen vivir. (Tamayo León, 2016) Actualmente, el precio del saco de maíz, con 13% de humedad y 1% de impurezas es de 14,60. (Diario el Telégrafo, 2020) Además, este Acuerdo qué determinó que las importaciones de maíz, entre otros productos, estén sujetas al requisito de absorción de la producción nacional, a efectos de garantizar que el autoabastecimiento de este producto, priorizando la producción nacional como política de Estado. (AM-134, 2013) El Artículo 3 de dicho Acuerdo Ministerial dispone:

Las industrias fabricantes de balanceados y las industrias de producción de proteína animal, deberán dar prioridad a la producción doméstica comprando la totalidad de la cosecha nacional, tanto del ciclo de invierno como de verano, al precio de comercialización (PC) establecido técnicamente por el Estado, siempre que éste sea superior al precio mínimo de sustentación (PMS). En el caso que, el precio de comercialización (PC) esté por debajo del precio mínimo de sustentación (PMS), el MAGAP activará el PMS para la compra de la cosecha nacional, en reemplazo del PC. La obligación que tienen las industrias, para la compra de maíz amarillo, tendrá como máximo el volumen de sus consumos y se mantendrá, incluso cuando la producción nacional sea igual o superior a las necesidades de las industrias indicadas. (AM-134, 2013, art. 3)

El mecanismo funciona a través del otorgamiento de un cupo de importación de maíz, los importadores deben presentar una factura en donde se determine la cantidad comprada y el precio por el que adquirieron el producto nacional, para posteriormente, conferir un cupo limitado para la importación de maíz. (Tamayo León, 2016, p. 69) Además de conformidad con el Artículo 6 del Acuerdo Ministerial No. 134, con el fin de llevar un control adecuado y garantizar la transparencia del procedimiento, los gremios industriales y/o sus empresas afiliadas, así como las independientes, deberán registrar todas sus compras de maíz amarillo ante la Unidad de Registro de Transacciones y Facturación (URTF) del Ministerio. (AM-134, 2013, art. 6) Estas regulaciones, inciden directamente en la formación del precio de cultivo del maíz.

1.2. Regulaciones impuestas sobre la comercialización de leche cruda y suero de leche

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura FAO, hasta el 2011, los países que cuentan con mayor cantidad de productores de leche son Brasil (1.35 millones), Colombia (495 mil), Ecuador (301.500), Cuba (estimados 300 mil) y México (259 mil). (FAO-FEPALE, 2012, p. 33) Para 2012, la producción de la leche en Ecuador se concentraba en un 73% en la región de la sierra y comprendía

mayormente pequeñas fincas productoras caracterizadas por ser de naturaleza familiar. (FAO-FEPALE, 2012, p. 42)

En el contexto de estas cifras, el 15 de marzo de 2013, el MAGAP y el MIPRO –*ahora también parte del Ministerio de Comercio*— emitieron el Acuerdo Interministerial 001-2013, por el cual se controló y reguló la cadena de producción de la leche y sus derivados en el Ecuador. Este acuerdo es aplicable a todos los productores de leche animal, incluyendo las especies bovina, caprina, ovina y bufalina la cual se destine al consumo humano y a la elaboración de productos derivados. Entre otras potestades, este acuerdo confirió al MAGAP la potestad para la fijación de precios de la leche cruda, con relación a la sustentación más calidad, por litro de leche cruda pagada en finca. (AI 001-2013, 2013, art. 10)

El 04 de septiembre de 2013, a la luz de las potestades otorgadas al MAGAP por el Acuerdo Interministerial 001-2013, entra en vigor el Acuerdo Ministerial 394-MAGAP, por el cual se fija el precio mínimo de sustentación al productor de leche cruda indexado en un 52.4% al precio de venta al público (PVP) del litro (1,000 ml) del producto líder en el mercado lácteo interno, que es la leche UHT en funda.

El Acuerdo Ministerial 394 establece en su artículo 1 que el precio de sustentación al productor de leche cruda está indexado en un 52.4% al precio de venta al público (PVP) del litro (1,000 ml). En su Artículo 2, textualmente señala que: “Las industrias lácteas, y en general toda persona natural o jurídica que adquieran leche cruda están obligados a pagar en finca y/o centro de acopio a los productores de leche cruda el 52,4% del precio de venta al público (PVP) vigente del litro leche UHT en funda (1,000 ml) a nivel nacional más componentes, calidad higiénica y calidad sanitaria”. (AM-394, 2013, art. 2)

El artículo 11 del mencionado Acuerdo Ministerial establece una obligación a los compradores de leche cruda de informar al MAGAP -*o quien haga sus veces*-, sobre los resultados de la calidad de la leche cruda, así como el precio resultante de los mismos a cada uno de sus proveedores y a la Subsecretaría de Ganadería.

Por otro lado, el Estado emitió otra regulación, contenida en el Acuerdo Ministerial No. 177 de 20 de septiembre de 2019 mediante el que, actualmente, el empleo y comercialización del lacto suero en su composición líquida se ve limitado al uso para la alimentación de animales y la elaboración de quesos de suero[1]; mientras que en su presentación en polvo deshidratado, podrá ser empleado exclusivamente para la elaboración de bebidas compuestas con color, sabor, etiquetado y empaquetado diferente al de la leche cruda, para productos pulverizados, y para otros productos no sustitutos de la leche cruda. (AI-177, 2019, arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10)

1.3. Regulaciones impuestas sobre la comercialización del arroz

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura FAO, para el año 2013 se registró un total de 741 millones de toneladas métricas de la producción total de arroz en el mundo. (Tamayo León, 2016, p. 40) En el caso de Ecuador, la tendencia de producción ha sido variada con un pico de producción de hasta 1,7 toneladas métricas en el 2004. (Viteri y Zambrano, 2016, p. 11) La producción de éste producto en Ecuador se ha concentrado en las provincias de la costa, primordialmente, en Guayas, Manabí y Los Ríos, y su cultivo comprende una extensión estimada de 366.194 hectáreas. La importancia económica del arroz junto con otros cultivos agrícolas para 2016, sumó USD$2.290 millones de dólares alcanzando una participación del 3,30% del P.I.B., mientras que la molienda o pilado de arroz alcanzó los USD$367,13 millones de dólares, con una participación del 0,53% del P.I.B. (Corporación Financiera Nacional, 2018)

La primera medida regulatoria adoptada en el sector de comercialización de arroz que merece ser mencionada es la entrega por parte del Ministerio de Agricultura y Ganadería de los denominados "kits" que son paquetes tecnológicos agrícolas

1 Se permitirá la adquisición y utilización de suero de leche líquido proveniente de plantas lácteas que cuenten con certificado vigente de Buenas Prácticas de Manufactura registrado en la ARCSA para la elaboración de quesos de suero por parte de las plantas lácteas, las mismas que deberán contar con certificado vigente de Buenas Prácticas de Manufactura registrado en la ARCSA, previa autorización de la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario. (AI-177, 2019, art. 7)

para el cultivo de arroz. (Ministerio de Agricultura y Ganadería, 2018) Los paquetes tecnológicos de alto rendimiento están compuestos por semillas de alta calidad (certificadas), abonos edáficos y agroinsumos adecuados para reducir los costos de producción. (Ministerio de Agricultura y Ganadería, 2018) Además incluyen asistencia técnica, acceso a crédito y seguro agrícola. (Ministerio de Agricultura y Ganadería, 2018)

Por otro lado, el estado adoptó la medida de regulación del precio mínimo de sustentación del arroz mediante la adopción del Acuerdo Ministerial No. 069, expedido por parte del Ministerio de Agricultura y Ganadería desde el 25 de abril de 2019. En base a éste Acuerdo, se fijan dos categorías de precios: i) USD$29,00 para la saca de 200 libras de arroz cáscara de grano corto; y, **ii)** USD$31,00 para la saca de 200 libras de arroz cáscara grano largo. (AM-69, 2019, Art. 1 y 2) Sobre la base de estos precios, inicia la cadena productiva del arroz la cual, de acuerdo con la Corporación Financiera Nacional CFN, se comprende de siete etapas hasta llegar al consumidor final: empezando por el cultivo en pequeña, mediana y gran escala, seguido por el manejo y almacenamiento de la cosecha; luego, el arroz pasa por un proceso de secamiento, limpieza y trillado. El cuarto eslabón, comprende su almacenaje y acopio en mediana y grande escala, previo a ser distribuido al por mayor y menor a los supermercados y tiendas de barrio hasta llegar al consumidor final. (Corporación Financiera Nacional, 2018)

2. LAS AYUDAS PÚBLICAS Y EL SECTOR AGRÍCOLA

Una vez que hemos determinado algunas de las regulaciones dictadas por el Estado que afectan al mercado de comercialización de bienes agroalimentarios primarios, específicamente del maíz, la leche cruda y suero de leche; y, el arroz *-que en consecuencia, afectan también el mercado aguas arriba de estos productos-* analizaremos el marco general y *deber ser* de las ayudas públicas en el sector agrícola.

Siguiendo el criterio de Blanquer, las ayudas públicas abarcan todas las medidas de promoción del Estado, que implican otorgar una ventaja o beneficio económico, aunque no comporten la entrega de una cantidad de dinero. (Blanquer,

2010, p. 17) De ahí, que las ayudas públicas, sean un mecanismo a través del cual el Estado otorgue beneficios a determinados sectores de la economía, bajo distintas formas, de manera directa o indirecta, por razones de interés social o públicas. Sin embargo, estos beneficios tienen un límite, pues como regla general, no podrían afectar a los consumidores, al derecho a libre competencia, y/o a otros agentes económicos que intervienen en el mercado.

Ahora bien, el sector agropecuario cuenta con una regulación sectorial y una política pública consolidada; y, por lo tanto, no le aplican irrestrictamente las leyes y política de competencia, que en el caso del Ecuador son relativamente recientes y se encuentran en proceso de desarrollo. Por ello, previo a analizar cuál es la tendencia en el Ecuador, es necesario considerar que la Unión Europea y los Estados Unidos, también tienen un sistema de regulación especial/sectorial del sector agrícola y sus políticas; sin embargo, sin perjuicio de esta "especialidad sectorial" los sistemas de Estados Unidos y Europa han logrado que las regulaciones sean capaces de proteger tanto a los agricultores, como la finalidad que persiguen las normas y políticas de competencia, asegurando que, en caso de ser restringidas o moderas por dichas regulaciones, su finalidad y objetivos no se vean defraudados ilegítimamente.

2.1. Las ayudas públicas en la Unión Europea

El caso de la Unión Europea, se han adoptado normas sectoriales que han hecho aplicables de forma limitada las normas generales relativas a la concesión de ayudas públicas "generales", a las ayudas públicas en el sector agropecuario. Incluso las normas que establecen los criterios para determinar si cierta medida perjudica al mercado, no aplican a ayudas concedidas a determinadas empresas que operan en la producción primaria de productos agrícolas. (Icaza Ortiz, 2017, p. 52)

Se debe considerar sin embargo, que en el caso de la Unión Europea, nos encontramos frente a un mercado abierto entre sus estados miembros, por ello por regla general se considera que las ayudas públicas del Estado son incompatibles

con la competencia entre los operadores de mercado que impulsa la comunidad europea, pues esas ayudas distorsionarían la igualdad de quienes compiten en los mercados económicos, en la medida en la que afecten los intercambios comerciales entre los estados miembros y que bajo cualquier forma falseen, o amenacen con falsear la competencia del mercado abierto de la Unión Europea. (Blanquer, 2010, pp. 1014 y 1019) Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, dado el desarrollo del derecho comunitario, las regulaciones del sector agrícola por regla general no afectan a la economía comunitaria, cuya tutela es uno de los fines prioritarios de la Unión Europea.

2.2. La política norteamericana en materia de ayudas públicas

En el caso de los Estados Unidos, ha ocurrido que, si bien se ha excluido al sector agrícola de la aplicación de las normas *antitrust*, se lo ha hecho con un enfoque que permita el bienestar de los asociados de los gremios de agricultores, pero de tal manera que no afecten negativamente el mercado. Así, en un inicio, el mismo senador Sherman intento excluir de manera expresa del *Sherman Act*, a los acuerdos o organizaciones que se realizan entre personas del sector agrícola que tengan por objeto mejorar los precios de los productos; sin embargo, esta propuesta no se incluyó en la ley. (Icaza Ortiz, 2017, p. 52) Fue recién a través de la Ley Clayton de 1914, que se determinó que las normas *antitrust* no se pueden aplicar al funcionamiento de organizaciones en sectores de agricultura, ni a sus miembros, siempre y cuando busquen la consecución de los fines establecidos en dicha ley. (Icaza Ortiz, 2017, p. 52)

Finalmente con la ley *Capper – Volstead*, se reguló las actividades de los gremios agrícolas y a través de la *Agricultural Marketing Agreement Act* se permitió que la Secretaría de Agricultura de los Estados Unidos pueda celebrar; por un lado, acuerdos con los miembros de asociaciones agrícolas, a efectos de que voluntariamente los productores de bienes agrícolas pacten condiciones para su comercialización; o, para emitir las denominadas “ordenes al mercado” que son normas de carácter general y obligatorio para ciertos grupos de productores de bienes, en las zonas específicamente delimitadas en la orden. A

través de estas figuras en Estados Unidos se pueden establecer incluso límites a la calidad y cantidad de los bienes agrícolas. (United States vs. Borden; United States vs. Maryland & Virginia Milk Producers Association, 1960, p. 247)

A pesar de lo señalado, en Estados Unidos es claro que, las conductas anticompetitivas no cubiertas por un acuerdo o una orden al mercado válida, si pueden ser sancionadas, pese a que estén excluidas de la aplicación de las normas *antitrust*; y además, que las conductas anticompetitivas que realicen con personas no productores están indiscutiblemente sujetas a las normas *antitrust*. (United States vs. Borden; United States vs. Maryland & Virginia Milk Producers Association, 1960, p. 247) La jurisprudencia estadounidense ha dejado precedentes claros en relación a cómo se desarrolla y organiza el sector agrícola de manera armónica con la libre competencia, pues de lo antes mencionado es claro que los gremios del sector agrícola tienen poder de negociación colectivo, pueden decidir sobre el precio de sus productos, y pueden usar su poder para salvaguardar el mercado de los productos que comercializa, pero que esto no puede utilizarse para falsear o distorsionar la competencia. (Icaza Ortiz, 2017, p. 52) Esto es, existe una medida perfecta entre el poder de decisión del sector, sin mayor injerencia del Estado, que ejerce su poder regulatorio únicamente para determinar que estas conductas no tengan efectos anticompetitivos.

Conforme indicamos previamente, en el Ecuador las normas de derecho de competencia son muy recientes, y no existe una verdadera política de competencia impulsada por la Junta de Regulación que logre *-como en los Estados Unidos y Europa-* armonizar la política agrícola impulsada por el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, con la política de competencia ecuatoriana que se encuentra en camino de desarrollo. De ahí, la importancia de partir de un análisis de la normativa ecuatoriana en materia de competencia, específicamente en relación con las ayudas públicas, para poder analizar la posibilidad de que ésta guarde armonía con la política pública agropecuaria ecuatoriana.

2.3. El régimen de las Ayudas Públicas en el Ecuador

La Constitución de la República reconoce el derecho a la libre empresa y la libre competencia, y determina que el Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad; y que, asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados, fomentando la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades. (CRE, 2008, art. 335) Por otro lado, la Constitución define al sistema económico ecuatoriano como "social y solidario"; y, en su Artículo 283 dispone:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (CRE, 2008, art. 283)

En razón de aquello, la Constitución ha determinado que la política económica tenga objetivos tales como: asegurar una adecuada distribución del ingreso y la riqueza nacional, incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas; asegurar la denominada soberanía alimentaria, mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo, e impulsar un consumo social y ambientalmente responsable. (CRE, 2008, art. 284) Por otro lado, la Constitución ha basado la política comercial ecuatoriana en el desarrollo y fortalecimiento de los mercados internos, con base al Plan Nacional de Desarrollo (Plan Nacional del Buen Vivir); fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales; contribuir a que se garantice la soberanía alimentaria y se reduzcan las desigualdades internas; entre otros. (CRE, 2008, art. 304) Finalmente la Constitución en su Artículo 335 dispone:

El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como

toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal. (CRE, 2008, art. 335)

Así, vemos que la mente *extractivista* estatal, de explotación y comercialización de materias primas, también se encuentra muy presente en otros sectores de la economía; pues, de las normas antes citadas, se desprende que la Constitución estableció los cimientos de una política que sostiene, entre sus ejes principales, el impulso del *máximo nivel de producción nacional* y el fortalecimiento del aparato productivo *nacional*. Esta regulación constitucional ha abierto la puerta a que, a pesar de que se reconozca constitucionalmente la libre empresa y competencia, el Estado adopte un rol intervencionista, que muchas veces puede llegar a limitar estos derechos.

A la luz de este modelo constitucional es que el Estado, a través de regulaciones sectoriales, ha conferido *de facto* ayudas públicas, sin que exista un análisis de sus efectos sobre la libre competencia; esto, debido a que, como indicamos anteriormente, la normativa del derecho de competencia es bastante reciente, con la publicación de la LORCPM recién en octubre del año 2011, como punto de partida para analizar si estas regulaciones, son o no amistosas con la libre competencia.

La LORCPM determina que será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:

a. Para el desarrollo de un monopolio estatal a favor del interés público,
b. Para el desarrollo de sectores estratégicos,
c. Para la prestación de servicios públicos,
d. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional,

e. Para la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria. (LORCPM, 2011, art. 28)

Entonces, de acuerdo con la LORCPM, las ayudas públicas necesariamente se encuentran ligadas a razones de interés público, cuando se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan, se incremente la eficiencia, y se generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios que justifiquen su necesidad.

Por otro lado, el Artículo 34 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2012) dispone que:

Se entenderá que constituye ayuda pública, la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que (i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores.

Específicamente, en el sector agrícola se podrán otorgar ayudas públicas, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 29 (h) de la LORCPM (2011), que señala:

Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Procederá el otorgamiento de ayudas públicas en los siguientes casos: [...]

h) Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria. (art. 29)

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 31 de la LORCPM, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene la facultad de evaluar las ayudas públicas, a efectos de determinar si estas cumplen o no con los objetivos establecidos en la norma antes citadas. Así, el mencionado Artículo dispone:

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación. Salvo en los casos en que no se trate de actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado propondrá las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios.

Si la Superintendencia comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta Ley, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine. (LORCPM, 2011, art. 31)

De acuerdo con esta norma, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), además de tener la facultad de revisar las ayudas públicas conferidas por el Estado, tiene una obligación de evaluarlas permanentemente. Consideramos que esta es una facultad con una utilidad práctica increíble, pues su correcta aplicación permitiría que la Superintendencia pueda lograr el objetivo de armonizar las regulaciones estatales dictadas en el sector agropecuario, con las normas de libre competencia. Además, la Superintendencia tiene la facultad de proponer las medidas que considere apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia, incluso en los sectores económicos que se encuentran reservados exclusivamente para el Estado (*i.e.* Sectores Estratégicos). Finalmente, es de vital importancia recalcar que la SCPM tiene la facultad de determinar si una ayuda pública cumple o no con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la LORCPM;

y, en virtud de aquello que puede impulsar su supresión o su modificación.

Sentado el marco normativo de cómo debería funcionar el otorgamiento de ayudas públicas por parte del Estado, analizaremos si las regulaciones estatales en el mercado de comercialización de maíz, leche cruda y arroz, y el mercado aguas arriba de los mismos productos, descritas en la Sección II de este análisis, son consistentes con la normativa ecuatoriana; y además, logran una armonía con el derecho a la libre competencia.

3. LAS REGULACIONES ESTATAL DE LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS PRIMARIOS TIENEN EL EFECTO DE AYUDAS PÚBLICAS: RECOMENDACIONES

A continuación, describiremos cómo es que las regulaciones impuestas por el Estado en la comercialización del maíz, leche cruda y arroz; son medidas equivalentes a ayudas públicas bajo la ley ecuatoriana; y cómo estas regulaciones indudablemente afectan el mercado aguas arriba de estos productos.

2.4. El caso del Maíz

El caso del maíz es un ejemplo claro de una medida adoptada por el Estado que tiene un efecto equivalente a una ayuda pública conferida a favor del sector agrícola, específicamente en beneficio de los productores de maíz y que, además, genera un impacto en el mercado aguas arriba, como es el mercado de comercialización local de proteína animal.

Consideramos que las regulaciones a la comercialización de maíz suponen necesariamente una *ventaja económica* para los productores de maíz, ya que los productores del mercado local de proteína animal; esto es, productores de carne de cerdo, carne de pollo y huevos están obligados a adquirir el maíz -*que es la materia prima principal para alimentar sus animales de crianza*- de productores locales, dado la política de absorción de la cosecha local del producto. Esta regulación a su vez implica

una restricción en el mercado local de proteína animal, pues los productores dentro de este mercado se encuentran restringidos de importar maíz del extranjero a pesar de que los precios del maíz en el mercado ecuatoriano son mucho mas elevados que la mayoría de los precios internacionales. (Baca, 2016, p. 42)

Por ello, al existir una ventaja económica para los productores de maíz, esta se enmarca en el requisito establecido en Artículo 31(1) del RLORCPM. Además, esta medida tiene un carácter selectivo para un determinado sector económico que es el sector de comercialización agroalimentaria, específicamente del maíz. Por lo tanto, esta medida también cumple con el segundo requisito establecido en el Artículo 31(2) del RLORCPM, y debería considerarse equivalente a una ayuda pública, a pesar de no haber sido dictada por la Junta de Regulación.

Además, se debe tener en consideración que esta medida adoptada por el Estado, externa y ajena a las reglas de la libre competencia, implica una restricción clara en el mercado aguas arriba del producto. Según datos de la Asociación de Productores de Alimentos Balanceados (APROBAL), la Corporación Nacional de Avicultores del Ecuador (CONAVE), la Asociación de Porcicultores del Ecuador (ASPE) y la Asociación de Fabricantes de Alimentos Balanceados (AFABA) el precio del maíz debería reducirse para no perder competitividad. Estos gremios sostienen que el precio vigente en el año 2019 del maíz (US$15,25) era 50% más alto que en Colombia y Perú, lo que resta competitividad al sector. (Diario El Comercio, 2020) Asimismo, sostienen que, durante las negociaciones con los países de la Alianza del Pacífico, los precios de las proteínas en el Ecuador son los más elevados de la región, debido al precio del maíz.

Por otro lado, estos gremios sostienen que en el 2019 los precios de la libra de carne de pollo cayeron un 5% más, en relación al 2018, y que esto llevó a que el sector avícola tenga los peores resultados económicos de los últimos 10 años; y que, en el caso del cerdo, el precio cayó hasta en un 25% por debajo del costo de producción, lo que ocasionó graves pérdidas a los

productores, sobre todo del estrato familiar que aportan con el 30% de la producción.

Por lo tanto, conforme se explica en las conclusiones de este análisis, la SCPM tendría la facultad clara, bajo el artículo 31 de la LORCPM, de determinar si estas medidas son económicamente eficientes y guardan armonía con la ley y la política de competencia *-en desarrollo-* o, en su defecto, si estas medidas son equivalentes a una ayuda pública prohibida, o deberían ser moderas a efectos de que cumplan con los objetivos establecidos en el Artículo 29, literal (h) de la misma ley.

2.5. El caso de la leche cruda

El caso de la fijación del precio de sustentación de la leche cruda es, de hecho, una ayuda pública, pues, así como en el caso del maíz, cumple con los criterios establecidos en los numerales (1) y (2) del Artículo 31 del RLORCPM, por encontrarse enfocada en brindar una ventaja económica a favor de uno o varios operadores, que no la habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades y, además, está dirigida únicamente al sector ganadero, y genera efectos en el mercado aguas arriba del mercado de leche cruda así como en el de otros productos de la industria de lácteos. Además, se debe tener en consideración que, a partir de la emisión del Acuerdo Ministerial No. 394, el MAGAP controla a la industria de producción de lácteos en general *-que incluye venta de productos que no necesariamente utilizan como materia prima la leche cruda-* a efectos de que estas informen sobre sus adquisiciones de leche cruda.

La fijación del precio de la leche cruda va a tener efectos en los mercados aguas arriba de la cadena productiva. Según un estudio de mercado realizado por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, los circuitos comerciales estarían conformados, en el primer nivel, por el productor, quien deberá cumplir con todos los procesos sanitarios para la obtención de un producto de calidad (Agrocalidad Resolución 41, 2017); en segundo nivel, la venta de la leche se realizaría a intermediarios y centros de acopio, así como a detallistas y comerciantes

informales de productos elaborados artesanalmente. Como tercer eslabón, se encuentran las industrias lácteas que procesan la leche para elaborar productos como quesos, leche en funda, en cartón, en polvo, yogurt, etc., los cuales abastecen a los supermercados; y, estos a su vez, llegan a manos del consumidor final.[2]

Por otro lado, la prohibición de uso y comercialización del lacto suero líquido, también constituye de hecho una ayuda pública por cuanto beneficia a quienes comercializan leche cruda, lo que obliga a las industrias que comercializan productos lácteos a adquirir leche cruda, leche larga vida – UHT, o leche pasteurizada modificada -*que tienen costos mucho más altos*- lo que encarece los costos de producción de ciertos productos. Hasta la emisión de esta prohibición, los operadores económicos compuestos por industrias procesadoras de leche empleaban y comercializaban el lacto suero líquido[3], como un sustituto de la leche cruda para la elaboración de productos a base de suero de leche. El suero de leche se utiliza para la elaboración de bebidas lácteas, quesos tipo ricota, helado, chocolate; pero, también para la elaboración de productos pertenecientes a mercados diametralmente distintos al mercado de comercialización de lácteos, como para la elaboración de jabones íntimos, bebidas energizantes, entre otros. (González y Alvarado, 2019)

A raíz de la promulgación del Acuerdo Interministerial No. 17 el 20 de septiembre de 2019, la industria de producción de lácteos sufrió un impacto en el precio de comercialización de productos elaborados con lacto suero en polvo que, según miembros del sector ganadero, incrementó a raíz de la

2 La Superintendencia de Control de Poder del Mercado realizó el estudio de mercado del Sector de la Leche en el Ecuador, con el objetivo de: "conocer la dinámica y estructura del sector lechero en el Ecuador, y poder identificar las posibles distorsiones en este mercado"; así como también "determinar si existen las buenas prácticas comerciales en este importante sector de la economía, en los diferentes eslabones que forman parte de la cadena productiva, específicamente si se respeta el precio mínimo de sustentación más el pago por los componentes, calidad higiénica y calidad sanitaria." (Alvarado, 2012, p. 32)

3 Un subproducto derivado de la cadena productiva de la leche que se emplea en la elaboración de productos alternativos, pero no sustitutos, como el yogurt, los quesos artesanales, la leche en polvo, las proteínas y comida para bebés. (El Comercio, 2019)

prohibición, por cuanto el proceso industrial se duplica: deben deshidratar el lacto suero, para que sea comercializado; y, posteriormente, vuelva a ser hidratado. (González y Alvarado, 2019) En este sentido, muchas compañías han optado por la importación de lacto suero en polvo ya que no cuentan con los insumos industriales para su deshidratación, encareciendo a la larga el producto para el cliente final. (González y Alvarado, 2019)

Dados los efectos de las medidas adoptadas por el Estado en la comercialización de la leche cruda, la SCPM tendría la potestad, a la luz el artículo 31 de la LORCPM, de determinar si esta medida es económicamente eficiente y armoniosa con la ley y la política de competencia.

2.6. El caso del arroz

La implementación de precios mínimos de sustentación para el cultivo del arroz, así como la implementación de medidas como la entrega de "kits agrícolas" a los gremios de productores en el Ecuador, podrían enmarcarse como una ayuda pública, por su efecto, a la luz de la regulación de competencia establecidas por la LORCPM y su Reglamento, en la medida en que se ha sectorizado hacia mercado de producto del arroz, cumpliendo con lo determinado en los numerales (1) y (2) del Artículo 31, así como lo previsto en el Artículo 34 del RLORCPM ya que, sin lugar a dudas, suponen una *ventaja económica* para los productores de arroz, en la medida en que asegura su acceso a tecnología, inversión en caso de pérdida de los cultivos, sea por motivos climáticos o enfermedades y/o plagas. (Ministerios de Agricultura y Ganadería, 2019)

Esta ventaja se ve refleja en el precio final de comercialización del arroz hacia el consumidor final. Como lo manifiestan Viteri y Zambrano, un estudio de mercado que partió de la hipótesis de que los consumidores resultan perjudicados por la evolución de los precios de arroz debido a que coexisten situaciones de precios bajos en origen con altos precios en destino (Viteri y Zambrano, 2016, p. 12), presentó una correlación positiva significativa entre el precio

de productor versus el precio del consumidor, confirmándose la hipótesis objeto del estudio. El mismo resultado, se manifestó con los precios agrarios percibidos y pagados, los agricultores perciben bajos precios por sus productos, pero los precios de los consumidores finales no están acordes con dichos precios. (Viteri y Zambrano, 2016, p. 14)

Consideramos que la SCPM es el órgano llamado al análisis de la eficiencia de las medidas teniendo en cuenta que el precio del arroz, según lo afirman las asociaciones gremiales, no es competitivo. Por ende, las empresas privadas y las piladoras optan por negociar el precio por debajo de lo establecido, contra la amenaza de comprar arroz que ha ingresado de contrabando de otros mercados, a precios más económicos, como es el arroz peruano. (Diario El Comercio, 2017) Éste fenómeno, podría incidir en que las medidas de no cumplan con el objetivo establecido en el literal (h) del Artículo 29 del RLORCPM (2012), esto es: "ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria [...] en beneficio de los consumidores."

CONCLUSIONES

En relación con los efectos de estas medidas equivalentes a ayudas públicas han tenido en el mercado; consideramos que, la autoridad de competencia, SCPM, bajo la LORCPM y su Reglamento, tiene la facultad de analizar si estas medidas cumplen o no con los fines por los cuales el Estado puede conferir ayudas públicas. Es más, es fundamental entender la eficiencia económica de estas regulaciones sectoriales que, seguramente, están afectando negativamente la cadena de producción de la industria porcícola, avícola, entre otras.

Conforme se analizó, las ayudas públicas se pueden conferir por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores; y, en el sector agrícola, a efectos impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria. Dado que estas medidas constituyen un factor externo, ajeno a las fuerzas naturales

del mercado, necesariamente lo afectan. Esta afectación puede ser en su beneficio, al responder en realidad a intereses que legítimamente requieren protección; o también, pueden resultar en un perjuicio grave y llegar a obstaculizar, dificultar o falsear la competencia.

Para ello, primero es indispensable que las autoridades de competencia continúen desarrollando una política clara de competencia que pueda permitir un mejor control de las regulaciones emitidas por el Estado, no solo en el sector agroalimentario sino en otros sectores de la economía. Solo con una política clara de competencia se puede armonizar la normativa en esta materia, con las regulaciones y políticas en otros sectores de la economía.

Es claro que el Estado tiene una mente extractivista incluso en relación con las políticas implementadas en el sector agroalimentario, mediante el que pretende potencializar y priorizar la producción local, a toda costa. Al no haber una política clara de competencia, actualmente no se puede determinar si efectivamente estas medidas son económicamente eficientes; o, si por el contrario, las políticas adoptadas en lugar de beneficiar a la economía nacional, la afectan negativamente; y, sin un análisis de estas políticas y regulaciones por parte de la autoridad de competencia, tampoco se puede tomar decisiones para que estas regulaciones sean modificadas o adaptadas de tal manera que sean beneficiosas para el mercado.

Finalmente, es indispensable manifestar que con el objeto de lograr una medida justa entre los efectos positivos y negativos que puede generar el otorgamiento de una medida equivalente a una ayuda pública por parte del Estado, la SCPM haga uso de las herramientas legales a las que tiene acceso. Entre estas, que haga uso de la facultad de revisar estas regulaciones dictadas por el Estado en el sector agrícola/agroalimentario en aras de armonizar las regulaciones con las normas y política de competencia, y proponga las medidas que considere apropiadas para que estas medidas garanticen la eficiencia económica y en general el beneficio de los ecuatorianos y ecuatorianas

.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (Publicaciones, cuerpos legales y jurisprudencia)

Publicaciones

Alvarado, R. (2012). *Estudio de Mercado del Sector de la Leche en el Ecuador.* Quito: Superintendencia de Control de Poder del Mercado.

Baca, L. (2016). *La producción de maíz amarillo en el Ecuador y su relación con la soberanía alimentaria.* (Tesis de grado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador: Quito, Ecuador.

Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo*, tomo 2. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Camacho, E. (2008). *Estructura del Sector Agropecuario, según el enfoque de las características del productor agropecuario y de las unidades de producción agropecuaria.* Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Estudios/Estudios_Economicos/Evolucion_de_la_indus_Alimen_Beb_2001-2006/ Estruc_Sector_Agropecuario.pdf

Corporación Financiera Nacional. (2018). *Ficha Sectorial: Arroz*. Quito: Subgerencia de Análisis e Información de la Corporación Financiera Nacional. Recuperado de: https://www.cfn.fin.ec/wp-content/uploads/2018/04/ Ficha-Sectorial-Arroz.pdf

Diario El Comercio. (11 de octubre de 2017). Mercado saturado y contrabando afecta el precio del arroz. *Diario El Comercio.* Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/mercado-saturado-contrabando-precio-arroz.html

Diario El Comercio. (24 de septiembre de 2019). 56 productos nacionales utilizan el lactosuero en estado líquido. *Diario El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/productos-nacionales-lactosuero-liquido.html

Diario El Comercio. (07 de enero de 2020). Industriales sugieren fijar el precio del maíz en USD13,21; productores quieren que se mantenga en USD 15,25. *Diario El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/ actualidad/precio-maiz-productores-mag-cosecha. html

Diario el Telégrafo. (10 de enero de 2020). "En 14,60 se fija el precio del saco de maíz para este año." *Diario el Telégrafo*. Recuperado de: https://www.eltelegrafo.com.ec/ noticias/economia/4/fija-precio-saco-maiz-para-ano

FAO-FEPALE. (2012). *Situación de la Lechería en América Latina y el Caribe en 2011*. Chile: Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, División de Producción y Sanidad Animal.

González, P., y Alvarado, P. (24 de septiembre de 2019). 56 productos nacionales utilizan el lactosuero en estado líquido. *Diario El Comercio*. Recuperado de: https://www. elcomercio.com/actualidad/productos-nacionales-lactosuero-liquido.html

Icaza Ortiz, D. (2017). *Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al derecho de competencia*. (Tesis de Maestría). Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Ministerio de Agricultura y Ganadería. (2011). *Resultados del plan de mejora competitiva de la cadena del maíz amarillo duro*. Quito: Ministerio de Agricultura y Ganadería. Recuperado de: https://www.agricultura.gob.ec/magap-cuenta-con-un-plan-de-mejora-competitiva-de-lacadena-del-maiz-amarillo/

Ministerio de Agricultura y Ganadería. (2018). *MAG entrega kits para el cultivo de arroz, en Loja.* Quito: Ministerio de Agricultura y Ganadería. Recuperado de: https://www.agricultura.gob.ec/mag-entrega-kits-para-el-cultivode-arroz-en-loja/

Ministerios de Agricultura y Ganadería. (2019). *Más de 31 mil agricultores reciben kits agrícolas para mejorar la producción*. Recuperado de: https://www.agricultura.gob.ec/ mas-de-31-mil-agricultores-reciben-kits-agricolas-para-mejorar-la-produccion/

Naranjo Bonilla, M. et al. (2016). *La Política Agropecuaria Ecuatoriana. Hacia el Desarrollo Territorial Rural sostenible 2015-2025.* Quito: Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, ISBN 978-9942-22-019-6.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura FAO. (2010). *Nutrición Vegetal Maíz*. Recuperado de: https://www.yara.com.ec/nutricion-vegetal/maiz/mercados-del-maiz/

Pino Peralta, S., et. al. (2018). Aporte del Sector Agropecuario en la Economía del Ecuador. Análisis crítico de su evolución en el período de dolarización Años 2000-2016. *Revista Espacios*, (p. 7). Recuperado de: https://www.revistaespacios.com/a18v39n32/a18v39n32p07.pdf

Tamayo León, D. (2016). *La transmisión de precios en el mercado agrícola: El caso del arroz y maíz en Ecuador, período 2000-2014.* (Tesis de grado). Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Vicuña Izquierdo, L. (28 de enero de 2015). Revolución Agraria, Necesidad Histórica. *Diario El Telégrafo*. Recuperado de: https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/2015/20/revolucion-agraria-necesidad-historica

Viteri, G. y Zambrano, E. (2016). Comercialización de arroz en Ecuador: Análisis de la evolución de precios en el eslabón productor-consumidor. Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias INIAP, *Revista Ciencias Agrarias*, (p. 14). Recuperado de: http://dx.doi.org/10.18779/cytuteq.v9i2.21.g11

Zambrano, L. (07 de enero de 2020). La industria aspira a que el precio del maíz sea más bajo. *Diario Expreso*. Recuperado de: https://www.expreso.ec/actualidad/economia/ industria-aspira-precio-maiz-sea-2859.html

Cuerpos legales

Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario. (2017) Resolución 41, Manual de Buenas Prácticas Agropecuarias. R.O. No. 1011 de 24 de mayo de 2017.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). (artículo 22). 2da Ed. CEP.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [Ley]. (13 de octubre de 2011). RO. 555 de 13 de octubre de 2011.

Presidente Constitucional de la República del Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 1152. Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [Reglamento]. RO. 697 de 07 de mayo de 2012.

Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. Acuerdo Ministerial No. 134 "Reglamento de Comercialización del Maíz Amarillo Duro". [AM]. RO. 933 de 15 de abril de 2013.

Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. Acuerdo Ministerial No. 394. [AM]. RO. 100 de 14 de octubre de 2013.

Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. Acuerdo Interministerial No. 001-2013. [AI]. RO. 100 de 14 de octubre de 2013.

Ministerio de Agricultura y Ganadería. Acuerdo Ministerial No. 69. [AM]. RO. 941 de 25 de abril de 2019.

Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca. Acuerdo Interministerial No. 177. [AI]. RO. 91 de 29 de noviembre de 2019.

Jurisprudencia

Caso United States vs. Borden; y United States vs. Maryland & Virginia Milk Producers Association. (19 de enero de 1960).

Recibido: 26/03/2020
Aprobado: 12/06/2020
Christian Narváez Barrera : Investigador independiente. Abogado asociado de FERRERE Ecuador (equipo de Derecho Corporativo).
Correo electrónico: cnarvaez@ferrere.com
Antonella Cordero Porras: Investigadora Independiente Abogada asociada en FERRERE Ecuador (equipo de Litigios).
Correo electrónico: acordero@ferrere.com
Ciudad: Quito
País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.265

Begriffsverdrängung and Freedom of Religion. Notes on interpretation in private law

Begriffsverdrängung y Libertad de Religión. Notas sobre interpretación en derecho privado.

Salvatore Tolone Azzariti
Professor of Civil Law, Oxford University, University of Buenos Aires and University de Palermo.
City: Naples/Oxford
Country: Italy/United Kingdom

Original article (research)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 90-108, ISSN 2588-0837

ABSTRACT: Religious exemption in the United States is briefly analyzed by the effects of its conceptual lack on the system and its operational field. The application in private law, as a phase of the interpretation that develops control over the effects of the norm. Then the taxonomy of the fields further highlights these effects at a systematic level. The Private Law approach allows us to demonstrate the conceptual displacement that is generated by the First Amendment concerning other application fields and the classificatory function that, about the exemption, can be developed through the concept of the individual situation.

KEYWORDS: Religious exemption, fundamental rights, private law interpretation, subjective situation.

RESUMEN: La exención religiosa en los Estados Unidos es brevemente analizada por los efectos de su carencia conceptual, sobre el sistema y su ámbito operativo. La *aplicación* en el derecho privado, en cuanto fase de la interpretación que desarrolla el control sobre los efectos de las normas y la taxonomía de los ámbitos, aún más resalta estos efectos a nivel sistemático. El enfoque iuprivatístico permite evidenciar el desplazamiento conceptual que se genera por parte de la Primera Enmienda en relación a otros ámbitos aplicativos y la función de clasificación que, con respecto a la exención, puede ser desarrollado por medio del concepto de situación subjetiva.

PALABRAS CLAVE: Exención religiosa, derechos fundamentales, interpretación en derecho privado, situación subjetiva.

INTRODUCTION

Prolegomena. Religious exemption. Aspects of its problematic framework.

Patriae, percussae et indomitae.

"Ergo age, care pater, cervici imponere nostrae;

ipse subibo umeris nec me labor iste gravabit;

quo res cumque cadent, unum et commune periclum,

una salus ambobus erit. Mihi parvus Iulus

sit comes, et longe servet vestigia coniunx".

In this article we try to highlight some problems among that may be reputed essential in the interpretation of contemporary private law, connected to the *application* of fundamental rights and to the *Rechtsfortbildung* that follows it (Heck, 1914, p. 179; Larenz, 1975, p. 366), meant both as *an activity*, the formation of the law through the application by the courts and interpretation, and as its *systematic achievement*.

This issue is of general relevance today, beyond the single national system (Quint, 1989; Friedmann and Barak-Erez, 2001; Canaris, 1999, p. 360), but the *ratio* of the particular relevance of the *Free Exercise Clause* of the US system, especially about the institution of *exemption*, is due to a sequence of concurring peculiarities that describe its problematic conjoint. Among them, the nature of its recognition and the position in the hierarchy of sources of law, that is, the form of *freedom* and the constitutional rank it covers. It follows the general application in the system, rooted in protection also on a subjective or individual basis and implemented through the *judiciary application model* (Barak, in Friedmann and Barak-Erez, 2001, p. 25) therefore primarily by interpretation. The taxonomic profile that is the lack of

conceptual configuration is also particular, also concerning the - more reduced - modern expectations of the ordering value of the concepts (*Begriffsbildung*, Larenz, 1975, p. 20), an element mainly due to the stable adoption of a self-restraint position of the Supreme Court with respect to the determination of *Religion* (Greenawalt, 2006, 125).

The profile of the systematic context is equally essential. It consists of the link between recognition of freedom of religion and coessential recognition of the pluralistic nature of American society and the law system. These commonly adopted arguments can be summarized - *inter multos* - from the *Justice* O 'Connor *dictum* (*Concurring*, in McCreary County v. ACLU of Kentucky): «[...] the goal of the Clause is clear: to carry out the Founders' plan of preserving religious liberty to the fullest extent in a pluralistic society».

Therefore, the relevance of the religious exemption can be outlined according to the first data highlighted here: a *privileg*e recognized to a subject or group of subjects concerning the general applicability of the law. Under the application of a constitutional principle, about which, however, the interpreter is not able to provide *ex-ante* the normative elements and characters, from this perspective of the Rule of Law, the common criticism towards the application of this institution as a violation of the fundamental principle of *equality* of subjects before the law. From the perspective of private law, however, it can be highlighted how exemption entails further and equally radical incompatibilities.

I) RECHTSFORTBILDUNG AND PRIVATE LAW

The formation of private law through interpretation and the application of fundamental rights are guided by criteria abstractly common to other areas of law but which peculiarly take place. Here it is necessary to refer more widely to traditional studies on legal hermeneutics (Larenz, 1975, p. 204; Canaris, 1968, p. 55; Betti, 1990, p. 157) and to highlight - succinctly - the nature and function of the process of *application* of the rules by

interpretation. This phase completes the interpreter's activity, following the phases of *Comprehension* and *Interpretation* and giving rise to a peculiar *dialectical process* that completes the entirety of the hermeneutic process (Larenz, 1975, p. 211).

A consequence of the principle of *ratio decidendi* is that the application does not only concern the concrete case but also the function of interpretation regarding the overall system and, more strictly, the *taxonomic function* of coherence with the *contextum traditum* (Larenz, 1975, p. 209), that is the *application field* (*Anwendungsbereich*) where it produces efficacy for reasons of *similarity* of the concrete case.

Legal principles govern this field and, for the evolution of the system, are superior to the particular rules and into it, therefore. There it can be no evaluation of contradictions (Larenz, 1975, p. 336). These principles are *coherent* with each other. They are mutually complementary and self-restrictive. They can regulate jointly, prevail in any case, or cede the normative function in another case (*Zusammenspiel*, Larenz, 1975, p. 475). The decision must be supported by a *ratio* that avoids fallacies such as, for example, the *logical contradiction*, and which also guarantees the *objective compatibility* and *concordance of the evaluation* she expresses. In other words, the systematic control over the decision requires that the concrete rule be inspired by the principle of *coherence*, concerning the legal system and the application field outlined by the *similarity*. The attraction in a field must be considered integrated when the similarity between clear cases is such that it is impossible to identify a *ratio decidendi* for a different treatment between them, on the contrary generating an obligation for the interpreter to «treat as equal what is equal» (Larenz, 1975, 359).

The area of evaluation about similarity is the concordance between some of the essential elements of the cases assumed in the perspective of the decision, although other elements are dissimilar.

As can be seen, at this level of interpretation in a broad sense, the *application* plays an independent role concerning the hermeneutic phases that precede her. It represents the

rootedness in the concrete case of the decision. However, with the judgment of *similarity* and the evaluation of *coherence* of the decision, it also identifies the *ratio* of the principle of *equality in the application*, both concerning the field's context and the system in general.

II) OBJECTIVE PLURALISM AND INTERPRETATION

In 1947 the Supreme Court, by the *Everson* case, recognized as *religion* in the context of the First Amendment practiced widespread in the United States that were not part of the tradition dating back to the *Constitution*. The multireligious presence is subsequently recognized several times, both in the legislation and in the Courts. However, this data does not seem suitable to *conceptually* exhaust what must be identified with pluralism (*«pluralistic society»)* as in the dictum, as mentioned above of *Justice* O'Connor.

A pluralist system, more widely, recognizes and protects a plurality and heterogeneity of fundamental values, for example, by recognizing them as *rights* or as *freedoms*. It also recognizes and protects their different forms of implementation and exercise. The pluralistic legal system, as such, is not structured in a hierarchical form (Larenz, 1975, p. 331) and therefore recognizes that conflicts between values (or between their forms of implementation and exercise) cannot be resolved based on a pre-existing hierarchy.

The system assumes that they are characterized by *incommensurability* (Larenz, 1975, p. 400), that is, lacking an objective attitude to measurement through methods that the system can recognize as known and objective, despite to the use of interpretative allegories such as weighting (*Abwägen*) or weighing (*Gewichten*).

By assuming the pluralism of values, conceptually, as *objective pluralism*, we intend to highlight that these properties are rooted in the epistemology of the system, being essential elements of the interpretation that concerns it (Tolone Azzariti, 2006).

On the matter of *application*, the objective pluralism involves, as a significant effect of the interpretation, the *plural* recognition of the *similarity* between the cases, also falling within areas determined by different values, where there is an *eadem ratio juris*. Therefore other is not identifiable that justifies a different treatment.

III) TAXONOMIC FUNCTION OF PRIVATE LAW INTERPRETATION

These data are constitutive. Private law science, concerning the application of fundamental rights, must naturally deal with establishing, mainly by interpretation, the rules of *exercise* and *implementation* within its *fields of application* and in *coherence* with them, in other words, focus the problem of consistency and congruence of *ratio decidendi* to the concrete case: a control simultaneously exerted both on the case and the system. It is evident that freedom of religion like other fundamental rights (in the United States, in Common Law in general and the systems of Civil Law) has effectiveness in a concrete case hence that takes place within different spheres, characterized by specific rules and institutions, and that for each of the interpretation of this field must produce a consistent decision. An example is the *mittelbare Wirkung* in the German BGB: the effectiveness in the context of contracts and obligations incorporates a specific conformation, mediated by the general clauses. The application takes the form that makes it consistent with the rules and principles governing the field (Röthel, 1968, p. 48; Larenz, 1975, p. 216; Tolone Azzariti, 2020, pp. 305 ss.) according to the principle of interaction of effects or mutual effect (*Wechselwirkungslehre*). The principle also works when the Supreme Court interpretation's superseding effect is focused (Quint, 1989, p. 273). In order for the Constitution to take effect within private law and a private dispute between subjects, corresponding state action must be primarily identified. When this occurs, the system provides to the total replacement by the private law doctrines drawn up in the specific jurisprudence of the Supreme Court, and it is also in these cases that the balance between consistency and individualized considerations linked to the case is rewarded (Epstein et al., 1998, p. 802).

In this sense, interpretation is a constitutive element of the fields' taxonomy (Birks, 2000; Sherwin, 2009, p. 28) and a function of the relevance of its value in contemporary private law. In a context where the sources of decision and the rule are manifold, from private autonomy to the fundamental norms of the system, concerning a constant, necessary clarification of the concepts and rules, the classification and differentiation of the *application's fields*, according to the degree of determination of the content provided by the interpretation, is an element of certainty in the concrete case, of predictability of the system, rules through the differentiation of concepts and abstract cases. In other words, the taxonomic function of interpretation is an essential function of the legal order.

IV) SUBJECTIVE SITUATION. UNINTENDED EFFECTS OF INTERPRETATION AND BEGRIFFSVERDRÄNGUNG

Some findings follow from what has been reported so far. The first concerns the interpretation of subjective rights and leads to the question of taxonomic coherence and the solution through the notion of the *subjective situation*. It has a more abstract character but, in our opinion, a higher conceptual accuracy since it can reflect the heterogeneity of the sources of rule (private will, private autonomy, legal system), which, with different intensity case by case, concur to define the concrete subjective situations. (Roubier, 2005, p. 60)

In the doctrine and jurisprudence dedicated to the topic in question, it is argued almost exclusively around the concept of *right* (*right of exemption*) as an effect of the application of the Free Exercise Clause, but it seems clear that the use of this term must be considered as lacking the foundational suitability of the concept.

On the contrary, it is necessary to assume the interpretative result for each private law field. Then where the application intervenes and having regards to the plurality of concurring sources and their different nature, is not necessarily that of the configuration of a *right* but instead is resolved through different subjective situations having different legal features

and content. While the interpretation in decisions outlines case by case *faculties*, *powers*, *parental authority*, *individual rights, inalienable rights, obligations, responsibility*, it seems incongruent to call these distinct situations as *right* without focusing on their differences. This complexity of situations arises, in turn, from the interpretation that generally must take into account, as a minimum, not only the effectiveness of an abstract constitutional rule but also the pre-existing discipline in the field of application and the nature of the rule concerning which an exemption is requested, especially following her compulsory degree.

The second observation concerns the effects of the interpretation of the constitutional rules. Within an experience common to different systems (Strauss, *passim*), they naturally involve the historical recognition of norms and their organic development over time. However, in our opinion, it is necessary to assume the evidence that, *nevertheless*, the *Rechtsfortbildung* gives an *objective* and *referring to present time* determination of the rule that emanates from these norms: this relief, therefore, concerns the unintended effects of interpretation of the legal text, whatever this text is and any considered constitution (Larenz, 1975, p. 34; Betti, 1990, pp. 801 and 816; Brütt, 1907, p. 62; Heck, 1914, p. 38; Menger, 1883, p. 153). The interpretative process that generates unintentional effectiveness can be summarized as follows (Tolone Azzariti, 2020, 274). First of all, the recognition of a norm and its *ratio* as well as its applicability in the present time concerning *tempus promulgationis*, therefore, concerning changed systematic circumstances. The adaptation of the *ratio* to the organic, present context follows, and the observation that the precept and the concepts norm contains can have a distinct position concerning the original. Among the effects of this interpretative operation thus there may be a conceptual displacement (*Begriffsverdrängung*) when this interpretative adaptation must point out that the field governed initially through a concept or a norm has been attracted and is governed by other concepts or by other norms, because of subsequent legislation or because the interpretative options of the Courts have produced this result. (Betti, 1990, p. 823)

In our opinion, the field of religious exemption is characterized by such an interpretative phenomenology for which we proceed to give an account of it.

INSTITUTIONS

V) CONCEPTUAL DEFICIENCY AND ATTEMPTS OF FOUNDATION

Following a systemic approach (Tolone Azzariti, 2020, 311) we can recall that in *Ballard* case Justice Jackson, in his dissenting opinion, indirectly raised the concept foundation issue about religion: «[…] how we can separate an issue as to what is believed from considerations as to what is believable» (*the United States v. Ballard*, 1994). The issue, which stems from the stable Supreme Court self-restraint position, is symptomatic of a problem and needs latent in the application of the exemption rule, which also manifests itself through attempts at the conceptual foundation in doctrine and jurisprudence. A problematic framework that has, among others, the following characteristics: the conceptual deficiency concerning the notion of religion, the consequence of a field characterized by taxonomic asymmetries, the application extension to different fields and the unjustified regulatory attraction of them, the irrelevance of equality in the application of the *ratio decidendi* to cases with *similarity* characters.

In our opinion, these elements are a demonstration of an option's effect in a matter of interpretation (the self-restraint position especially by the Supreme Court), the effect of a *conceptual displacement* that the *Religion* field's indeterminacy implements concerning *Conscience* and which is rooted in the origins of the Constitution. In particular, it has genesis in the final approval of the text, which does not recognize, as some previous Drafts did, the Freedom of Conscience. The displacement takes place in the contemporary interpretative system by catalyzing cases of subjective situations of absolute heterogeneity in the no-taxonomy field of *religion*.

The problem, the taxonomic indeterminacy, is commonly detected («[...] it means everything and nothing» (Laycock, 1986, p. 450). However, the consideration that it is believed to be provided to it in doctrine is different.

Among the scholars who focus on the essentiality of the problem (Greenawalt, 1984) - two different methodologies aimed at the conceptual foundation are proposed, one of a primary type and one of a pseudo-analogical nature. Both are intertwined with the fundamental question: when it is possible to grant a religiously justified exemption and upon which legal ground.

VI) BEGRIFFSBILDUNG. STRUCTURAL HYPOTHESES. STATUS AND BELIEF

The doctrine (Greenawalt, 2008, p. 301; Greenawalt, 1984, p. 756) hypothesized a foundation of the concept of religion and therefore of the tokens (*fattispecie concrete*) related to it, among which the exemption, though certain elements, that can be assumed for this function autonomously or in a concurrent form.

The critical elements that seem identifiable are the following.

The first element is status in itself, a *status religionis* if we adopt a pseudo-concept. Unlike in the regular use of *status juris*, its assumption and abdication, as well as the configuration of the concrete situation *quoad effectum*, are based on the mere will of the subject, without the presupposition of any institutional recognition and the ordering mediation by an equally recognized *collectivum* (Tolone Azzariti, 2020, 313). In short, the entitlement of this "*status*" results in membership without any legal form, which is recognized *ex-post* in the jurisdiction.

Having a *belief* or a *modus cogitandi* is a constantly reaffirmed element, for example, by the recognition to be granted to *Honest Conviction* and *Sincere Beliefs* (Burwell case; Greenawalt, 1984, p. 762) defining a context where problems

related to the conceptual deficiency emerge in blunt forms. From *Ballard*'s case onwards, there are strict criteria on cognition and her limits. A jury cannot receive instructions that imply external cognition of the beliefs that are called upon to examine. The criteria for recognizing the alleged religious beliefs are *exclusively* internal to the area of the psychological element: the belief of the case is relevant or not based solely on the *honest conviction* and *sincere belief* criteria. This discipline not only removes ordinary cognitive criteria (*reasonableness*; *truthfulness*) but also at the root cognition power. Another limit is opposed to the evaluation of *essentiality* or *marginality*, in the individual moral system or the *collectivum* one, of the belief object of evaluation, as already in the famous *Smith* and *Lee* cases.

In light of these considerations, *breviter dictum*, in our opinion, the application is left to a cognition activity, in the course of rules' concretization, that is conducted *sine praevia regula*. Knowledge about the *relevant facts* of the case (*Tatfrage*, Larenz, 1975, p. 262) is by necessity developed arbitrarily; both within the "status" and the psychological element, it assumes *de facto* the power to establish which of them should be assumed or not to a judgment of constitutional relevance. This process, by integrating the normative content, is placed (*ex-post*) not in the application phase of the norm, but it is an understanding of meaning and sense (*Vorverständnis*).

VII) *METHODOLOGICAL HYPOTHESIS. EXEMPTED ACTIVITY AND PSEUDO-ANALOGY*

The examination of the conceptual foundation assumes an even more relevant systematic value when it concerns an *activity*, the protection of an activity because it is an *exercise* of religious freedom. The system is affected as a whole for the pieces of evidence already exposed: a pluralistic order, when the character of *similarity* is identified in a token recognized in one field of application, extends the recognition and protection also in different fields delimited by the implementation of other constitutional rules.

The method, proposed in doctrine and jurisprudence, had two theoretical approaches, *Single-Factor* and *Multifactor*, which followed each other critically and have been formulated with appreciable caution for adaptation to problematic circumstances (Greenawalt, 1984, p. 763). This methodology had an application sequence in jurisprudence, regarding the Church of Scientology, and a theoretical acme in *Malnak v. Yogi* case thanks to Judge Adams' concurring opinion. However, the incompatibilities with the formulation of the process of integration by legal analogy are evident, and the effects of the conceptual deficiency and the indeterminacy of the field are even more evident. (Tolone Azzariti, 2020, p. 328)

The pseudo-analogical syllogism founds the major premise on elements detected by religions already recognized as such; these are the beliefs in "Extratemporal Consequences," "Ultimate Concern," "Higher Reality." However, they are not assumed according to conceptual expectation and function, by implementing a *Begriffsbildung* process, they are selected by a praxeological approach based on cases indisputably recognized and then *extended* to doubtful cases to find, *ad includendum*, their eventual presence and therefore consider the token assimilable to the notion.

In addition to what appears to be, methodologically, a violation of the Establishment Clause, the limits also appear by the internal perspective, contradictory even when not interested in the taxonomic issue. In the absence of the foundation of the primary class of syllogism (*Obersatz*), alignment with the selective criteria is *over-inclusive* concerning certain phenomenologies and *is underinclusive* concerning others (Greenawalt, 1984, p. 773), hence the need to modify the approach.

The multifactor version intends to respond to this problem – asymmetry of *inclusiveness* – but it does so through totally abdicating the founding function: «[...] no single factor is essential» (Greenawalt, 2006, p. 137) and proposing *family resemblance* among a full group of elements, borrowed from the recognized cases, as a normative criterion. None of them would have constitutive character, and the extension by pseudo-

analogy would occur by identifying one of them by the belief object of judgment.

The absence of a regulatory function is evident, as there are no limits to an ad libitum proliferation of the cases.

VIII) *CONCEPTUAL DISPLACEMENT AND CONSCIENCE*

As part of the attempts to establish the notion referable to the First Amendment, two arguments that seem to contradict each other coexist.

The belief in Supreme Being, as an essential element, is removed as restrictive of the concept in an unjustified manner, despite the more excellent proximity to the framers' original intent (*Torcaso* case). On the contrary, the scrutiny of "doubtful" beliefs takes place based on elements found in already recognized beliefs. Beyond the theoretical model, the procedure is not considered to be in contrast with the Establishment Clause, although the selection of the elements adopted as criteria affects the structural level of the beliefs (Esbeck, 2000, p. 315).

The conceptual issue that not seems relevant to the Supreme Court, with all its systemic implications summarized above, appears today to be completely marginal. The physiognomy of the Free Exercise Clause, following the modern jurisprudential evolution, outlines a regulatory model within which the religious qualification and the definition of the application field have residual normative value.

The *Seeger* case initiates the protection of the *parallel positions* of military objectors, based on the Clause, for those who maintain «devotion to goodness and virtue for their sakes, and religious faith in a purely ethical creed.» The Supreme Court then granted the exemption recognizing beliefs «sincere and meaningful [that] occupies a place in the life of its possessor parallel to that filled by the orthodox belief in God of one who qualifies for the exemption.» With the *Welsh* case, the parallelism with religion also becomes superfluous, and grant exemption recognizes the importance of personal moral code

(«scheme of things») not necessarily shared by anybody or objectively detectable, as will be confirmed in the *Gillette* case.

It seems clear that the application assumes religious belief, however, identified only as one of the defining elements of the field but not the only one. There is a normative absorption of fields related to individual free morality, which, very roughly, can be called *Conscience*. However, the perspective of the subjective juridical situation can facilitate greater precision.

CONCLUSIONS

Subjective situation and the complexity of sources. The concrete form of conceptual displacement

The evolution of the normative field makes *conceptual displacement* clear, but a more precise picture in its complexity could derive from the focus of subjective situations. (Tolone Azzariti, 2020, p. 342)

When the Supreme Court recognizes the existence of a «Zone of conscience and belief,» as in *Casey*'s case regarding abortion, at the same time provides a series of limits that condition her existence, *modus procedendi*, and limited efficacy. The termination of pregnancy can only be protected through this situation and the scheme connected to it: in these cases, she has the faculty's configuration, not of a *right*. The adopted formula *«zone of conscience and belief»* is general only literally, the limits to its effectiveness and the conditions of existence and validity are coessential to the formulation.

For another example, the exemption profile in the *Yoder* case qualifies and is strictly relevant *within* a situation of *parental authority*. The decision formulas that make the difference between «ways of life, however virtuous and admirable [...] based on purely secular considerations» and what is instead recognized to the *appellant* that is «not merely a matter of personal preference, but one of deep religious conviction, shared by an organized group,» cannot be read functionally disengaged from the subjective situation on which they rely, that is the appellant's *parental authority* and the

substitute power that in education matters is claimed by the State: «The State's claim that it is empowered, as *parens patriae* [...]».

In the recognition activity, the "formal structure" of *religion* is constant: *appellant* is qualified through her subjective assumptions, therefore not in terms of individual but terms of relational "status" and concerning beliefs, even when a relational structure is entirely absent, as in the case of agnosticism, skepticism and atheism (Greenawalt, 2006, p. 152). The recognition of vague notions of vague beliefs dissolves the abstract complexity of juridical situations related to liberties and of their effects; even their components of duties and obligations disappear within incompatible assimilation between freedom of religion and freedom in general. (Sandel, 1989, p. 614)

The proposals in doctrine are consistent with this structure. A pluralistic interpretation would call for the recognition of the same situations, when characterized by *similarity*, in different fields. On the contrary, it is asked to consecrate *religion* as a «larger issue» (McConnell et al., 2016, p. 226) suitable to absorb within her field, devoted to indefiniteness, also «culturally rooted practice» (Greenawalt, 2008, 304) or the situations when «the individual sincerely holds that belief with the strength of traditional religious views.»

About the situation that has termed *parallel position*, in *Seeger* and *Welsh cases* by a *statutory creative interpretation*, other elements should deserve more consideration. In our point of view should be more emphasized that the exemption is granted as an extension of an *already recognized and applying for a position*, by the legislation of *Universal Military Training and Service Act*, that is the exemption provided regarding objectors because «of their religious training and belief.» Another element that could be considered relevant would be the special duty for which the exemption has been issued, a military duty, involving primary moral values, in a unique historical moment like 60's years because of the war in Vietnam. Although the interpretative procedure is not exhaustive with regards to juridical form, it would be relevant to assume the degree of

binding of the norm and her effect on the specific subjective situation, by the type of compulsion exercised. As a result, the activity required by the recipients. It can identify a *protected subjective right* by highlighting, in the field of *privilegium*, the equivalence of these subjects to holders of recognized religious *status*.

In conclusion, having dissolved the limits of the field and blunted the powers of cognition, it can be said that the subjective situation can provide a non-normative criterion but at least useful on the mere classification level. The recognition of the exemption, even outside the abstractly proper field, can be somehow cataloged following the complexity of the regulatory situation.

First of all, concerning the nature of the normative source for which by exemption non-application is requested (normative cogency, the scope of application); the pre-existence of a legislative or jurisprudential recognition also seems relevant, hence that the object of the decision is the extension or not of an already recognized exemption. The legal values and interests involved appear to be relevant, at least by more general classification, if *exemption* concerns personal or patrimonial goods and interest, where the notion of *exercise* concerning belief is substantially left to the determination without control of the subjects involved. The limitation to the personal and collective legal sphere -in the case of a religious group-, which the rule would entail following the appellant's claim.

The protection extends *ultra ambitum* when more than *ratio juris* changing reasons for public policy suggest so.

An area outside the law.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Betti, E. (1990). *Teoria generale della interpretazione*, (vol. II). Milano: Giuffré.

Birks, P. (2000). *English Private Law*, (vol. I). Oxford: Oxford University Press.

Brütt, L. (1907). *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*. Berlin: J. Guttentag.

Canaris, C. W. (1968). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot.

Canaris, C. W. (1999). L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco. *Studium Juris*, (p. 359-370).

Conkle, D. O. (2016). *Religion, Law, and the Constitution*. St. Paul: Foundation Press.

Epstein, L., Hoekstra V., Segal, J. A., and Spaeth, H. J. (1998). Do Political Preferences Change? A Longitudinal Study of US Supreme Court Justice? *J. Politics*, 60(3), (pp. 801-818).

Esbeck, C. H. (2000). Differentiating the Free Exercise and Establishment Clauses, *J. Church & St.*, 42, (pp. 311-334).

Friedmann D., Barak-Erez D. (eds.) (2001). *AA. VV., Human Rights in Private Law*. Oxford-Portland: Hart Publishing.

Greenawalt, K. (1984). Religion as a Concept in Constitutional Law, *Cal. L. Rev.*, 72, (pp. 753-816).

Greenawalt, K. (2006). *Religion and the Constitution* (1st edition). Princeton: Free Exercise and Fairness, Princeton University Press.

Greenawalt, K. (2008). *Religion and the Constitution*, (2nd edition), Princeton: Establishment and Fairness, Princeton University Press.

Heck, P. (1914). Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *AcP*, Bd. 112, (pp. 1-318).

Laycock, D. (1986). A Survey of Religious Liberty in the United States, *Ohio St. L. J.*, 47, (pp. 409- 451).

Larenz, K. (1975). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag.

Mcconnell, M. W., Berg, T. C., and Lund, C. C. (2016). *Religion and the Constitution* (4th edition). New York: Wolters Kluwer.

Menger, K. (1883). Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der Politischen Ökonomie insbesondere. Leipzig: Duncker & Humblot.

Quint, P. E. (1989). Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. *Md. L. Rev.*, 48, (pp. 247-349).

Röthel, A. (1968). Normkonkretisierung im Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.

Roubier, P. (2005). Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz.

Sandel, M. J. (1989). Religious Liberty – Freedom of Conscience or Freedom of Choice. *Utah L. Rev.*, (pp. 597-615).

Sherwin, E. (2009). Legal Taxonomy, *Legal Theory*, 15, (pp. 25-54).

Strauss, D. A. (1996). Common-Law Constitutional Interpretation. *U. Chi. L. Rev.*, 63, (pp. 878-935).

Tolone Azzariti, S. (2006). *Diritto private globale, Objective Pluralism e libertà di religione*. Cosenza: Luigi Pellegrini Editore.

Tolone Azzariti, S. (2020). La interpretación de la exención religiosa en la perspectiva de la situación subjetiva de derecho privado. Efectos irreflejos de la carencia conceptual y desplazamiento normativo en la libertad de religión de los Estados Unidos de América. *Pensar en Derecho*, 15, (pp. 263 – 372).

TABLE OF CASES.

Supreme Court

Burwell v. Hobby Lobby. (2014). 573 US 682.

Employment Division v. Smith. (1990). 494 US 872.

Everson v. Board of Education. (1947). 330 US 1.

Gillette v. the United States. (1971). 401 US 437.

Mc Creary County, Kentucky v. ACLU of Kentucky. (2005). 545 US 844.

Planned Parenthood v. Casey. (1992). 505 US 833.

Torcaso v. Watkins. (1961). 367 US 488.

United States v. Ballard. (1944). 322 US 78

United States v. Lee. (1982). 455 US 252.

United States v. Seeger. (1965). 380 US 163.

Welsh v. United States. (1970). 398 US 333.

Wisconsin v. Yoder. (1972). 406 US 205.

Lower Courts

Malnak v. Yogi. (1979). 592 F. 2d 197 (3d Cir.) (*per curiam*).

Received: 22/04/2020

Approved: 16/06/2020

Salvatore Tolone Azzariti: Professor of Civil Law, Oxford University, University of Buenos Aires and University of Palermo.

Correo electrónico: stolon@palermo.edu

City: Naples/Oxford
Country: Italy/United Kingdom

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.201

Derecho & Economía: Reflexiones en torno al concepto Derechos de Propiedad

Law & Economics: Thoughts on the concept of Property Rights

Enrique Ghersi Silva
Universidad de Lima y CITEL
Ciudad: Lima
País: Perú

Artículo original (nota de investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 110-129, ISSN 2588-0837

RESUMEN: La presente nota de investigación introduce algunas reflexiones en torno al concepto Derechos de Propiedad. En ese sentido, se propone una contraposición teórico-conceptual a partir de la comparación argumentativa del Civil Law y el Common Law. Esta contraposición se introduce al amparo de la teoría del "Derecho & Economía", con una especial recurrencia al enfoque propuesto por el "Análisis Económico del Derecho". Se inicia con un breve recorrido histórico para después plantear algunas tesis distanciadas de la comprensión generalizada que existe en torno a nociones como el derecho de dominio la propiedad material, entre otros aspectos circunscritos.

PALABRAS CLAVE: derechos de propiedad, propiedad material, propiedad inmaterial, enajenabilidad, incentivos económicos.

ABSTRACT: This research note introduces some thoughts on the concept of Property Rights. Therefore, it compares the Civil Law and the Common Law theoretical and conceptual frameworks. This comparison is introduced on the grounds of the Law & Economics perspective, with a particular reference to the economic analysis of law. It begins with a brief historical voyage and then proposes some thesis divorced from the generalized understanding that exists around concepts such

as the right of ownership, physical property, among other circumscribed aspects.

KEYWORDS: property rights, physical property, intangible property, alienation, economic incentives.

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, abordaré un tema clásico: la propiedad.[1] Por ello, quiero compartir una reflexión acerca del concepto y significado de la propiedad. Parecería una trivialidad, pero después de 20 años de profesor de Análisis Económico del Derecho, he llegado a la conclusión de que el concepto de derecho de propiedad es más ambiguo y complejo de lo que, por lo general, aceptamos o entendemos. El término "Derecho de Propiedad" no significa lo mismo en las grandes familias del derecho civil, sean estas el *Common Law* o el Derecho Romano Germánico, al cual pertenecemos. Lo que es más importante y, por lo general, menos advertido, es que aun dentro de nuestra tradición jurídica aquel concepto tampoco significa lo mismo. Resulta que el concepto ha evolucionado en el transcurso del tiempo y posee más de un significado que, como propondré a lo largo de esta reflexión, sobrevive a la discusión académica y se encuentra vigente en la realidad social.

Al estar acostumbrados a la metodología económica en el derecho, estamos familiarizados a la utilización del término inglés *property rights* y lo traducimos, incluse desaprensivamente, como "Derecho de Propiedad" aunque los más prolijos, en plural como: "derechos de propiedad". Utilizamos en una función sinonímica *property rights*, derecho de propiedad y derechos de propiedad cuando en realidad se tratan de conceptos totalmente distintos. Eso nos lleva a una permanente confu-

1 La redacción definitiva de la presente nota de investigación utilizó, como insumo, algunas de las tesis propuestas por el autor durante la Conferencia Derecho de Propiedad dictada en la Universidad Francisco Marroquín (UFM) de Guatemala el 23 de febrero del 2006. Docente visitante de la UFM, miembro de la Mont Pelerin Society, de la Royal Economic Society y director de CITEL Perú). Finalmente, deseamos agradecer a las señoritas Verónica Alejandra Guerra Pazmiño y Nahomi Abigail Montenegro Montiel por su participación como asistentes de investigación.

sión en la discusión académica universitaria y política. Por eso, quisiera dedicar unas breves palabras acerca de la historia del concepto y su origen dogmático para después plantear algunas hipótesis para una discusión fructífera.

De igual manera, en este artículo, se sostendrá desde un enfoque económico: la evolución histórica del contrato laboral mediante ejemplos actuales, tales como la minería en Guatemala y la destrucción de los derechos de propiedad en entidades mundialmente conocidas como la FIFA. Asimismo, se harán algunas precisiones sobre el contrato laboral que actualmente carece de relevancia debido a la intervención de instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

I. CONSIDERANDOS HISTÓRICOS

El concepto derecho de propiedad se encuentra asociado en su sentido contemporáneo con el desarrollo de un concepto no menos importante: el de los derechos subjetivos. En nuestra tradición jurídica contemporánea, forma parte de un valor común dentro de la clasificación de los derechos subjetivos, es decir, de aquellos derechos duales que las personas tenemos. Prácticamente todo el derecho civil refleja esa clasificación, no importa si se habla de derechos personales y reales. Todo el derecho civil gira en torno a esta clasificación dual de los derechos subjetivos. Estos serían aquellos que o vinculan a las personas con las personas y son los derechos personales, es decir, contratos u obligaciones; o aquellos que vinculan a las personas con las cosas, es decir, derechos reales. Prácticamente, la totalidad de la ciencia jurídica contemporánea da como sentada esta clasificación y articula la presentación de sus argumentos y reflexiones en torno a esta división de los derechos subjetivos entre derechos personales y derechos reales.

Los tratados y los cursos de derechos civil reflejan esta conceptualización. Es importante advertir que esta no es una verdad definitiva, ya que esta clasificación, a pesar de su amplia difusión y su popularidad, es muy reciente y discutible. La idea de que los derechos subjetivos se dividen en dos nace en el siglo XVII. A partir de este siglo se difunde con gran intensidad tanto en el *Common Law,* así como en la tradición Romano Ger-

mánico, a tal punto de convertirse en un valor entendido entre los civilistas en las ambas tradiciones jurídicas. Sin embargo, si estudiamos la historia del derecho civil, el propio concepto de derechos subjetivos no existió ni en el derecho romano, ni entre los glosadores, ni entre los posglosadores en la época medieval. Es una creación esencialmente de Hugo Grocio en el siglo XVII.

II. ENFOQUES TEÓRICOS SOBRE LA PROPIEDAD

La división entre derechos personales y reales ha sido materia de gran debate y precisión, siendo menos precisa y exacta de lo que nosotros podemos pensar. De hecho, esta división merece, a nivel de discusión dogmático-teórica en la ciencia jurídica, una opinión que no es unánime. Ciertamente, son minoritarios los críticos que han apuntado algunas reflexiones de su máxima importancia. En el mundo de los derechos subjetivos, esta idea de clasificación dualista es desafiada por aquellos que piensan que no hay tal división. En lugar de esta división, otro grupo importante de la doctrina reclama que los derechos subjetivos son de una sola naturaleza, es decir, de una suerte de clasificación monista.

Un grupo de la doctrina sostiene que todos los derechos subjetivos son derechos reales. A este grupo de la doctrina se lo conoce como monismo realista. Otro grupo de la doctrina rechaza la idea de que haya derechos reales y derechos personales, entonces, sostiene que todos los derechos subjetivos son en realidad personales. Al monismo realista pertenece el BGB alemán y el Common Law. A este monismo pertenece Planiol, Ripert y León Duguit. ¿Por qué es importante esta disquisición? Porque para el monismo realista todos los derechos de la persona son derechos reales.

Para el BGB, por ejemplo, en todo derecho personal hay un derecho real implícito. La pregunta del monismo realista es la siguiente: si tenemos derechos reales y personales separados, como pretende el dualismo clásico, ¿qué soy yo de mi contrato?, ¿Qué es un contrato mío? ¿Lo poseo, soy su dueño, soy su propietario? La conclusión es obvia desde el monismo realista clásico: las personas son dueñas de sus obligaciones, sus contratos, sus créditos, sus deudas y pueden transferirlas.

De esta forma, no habría derechos personales, ya que todos los derechos serían parte de su patrimonio hasta su matrimonio, su relación con sus hijos, su derecho al voto. La integridad de los derechos de la persona integraría el patrimonio de la persona y serían, en realidad, derechos reales. El monismo apunta, realista a un espejismo, que la falsa división entre los derechos reales y derechos personales nos llevaría a entender que, además de ser de dueños de las cosas, también lo somos de nuestros derechos. Por ejemplo, en la tradición hispanoamericana, tan vinculada con el dualismo, resulta muy difícil entender que cuando el congreso altera un contrato de arrendamiento, en realidad, está expropiando; o cuando el municipio cambia la ley de zonificación, en realidad, está expropiando. Porque en la tradición dualista de los derechos subjetivos no somos dueños de nuestros derechos, en realidad, no somos nada de nuestros derechos ya que estos serían una especie de extensión de la personalidad.

En cambio, en la tradición germánica y del Common Law es muy claro que, si el municipio cambia la zonificación y permite construir una estación de gasolina, nos ha expropiado un derecho. Porque somos dueños de nuestros derechos. Si el Congreso establece el control de rentas de los alquileres nos ha expropiado de nuestros derechos, porque también somos dueños de nuestros contratos. Esta consecuencia política tiene origen en un profundo problema conceptual que es la manera como se conciben los derechos subjetivos.

Desde una perspectiva dualista latinoamericana –francesa, española o italiana–, la división de los derechos subjetivos nos lleva a este tipo de consecuencias que en el monismo realista no se producen porque si se nos afecta un derecho personal, en realidad, se nos está expropiando un derecho real. En todo derecho personal hay un derecho real que lo vincula, implícitamente. La noción *property rights*, que utilizamos en Análisis Económico del Derecho y que puede leerse en textos como el de Richard Posner (1998) "Análisis Económico del Derecho" y no significa derecho de propiedad en nuestro sentido, sino que significa derecho de propiedad en un sentido monista realista. Es decir, no son solo derechos reales sino también derechos personales. No solo tu casa, tu perro, tu

ropa o tu pelota sino también tus contratos, tus obligaciones: la totalidad de las titularidades que, como individuo, te corresponden. No obstante, el monismo realista no es la única alternativa conceptual en la división de los derechos subjetivos. En el derecho civil contemporáneo son concebidos de otra forma: el monismo personalista.

Hay otra parte de la doctrina que considera que no existen los derechos reales y que solo existen los derechos personales. El argumento es de filosofía profunda yo no me puedo vincular de una cosa porque las cosas carecen de voluntad; por ende, no hay derechos reales porque yo solo me vinculo con personas, ya que solo ellas tienen voluntad y son titulares de derechos. Por consiguiente, yo no me vinculo con mi casa, ni tengo derechos sobre la tierra, ni sobre la ropa que visto porque son inanimadas, es decir, no pueden relacionarse con las personas.

Planiol y Ripert son dos liberales a los que hay que leer. Yo insisto en que se lea a los clásicos, no a la vulgata. Hay que leer a los clásicos como Kelsen, uno de los juristas más mal-entendidos del derecho. Él pretendía independizar al derecho de la metafísica, de la superstición y crear una ciencia jurídica independiente. Por supuesto, la escolástica kelseniana, la vulgata kelseniana radicalizó y llevó a extremos una posición profundamente seria e importante. No obstante, hay que leer a Kelsen. Del mismo modo, hay que leer a Planiol. No se debe leer a los que escriben manuales de derecho diciendo que Planiol dijo esto.. Les garantizo que Planiol no dijo lo que los manuales dicen que sí. Ripert, dicho sea de paso, fue, militante defensor de la economía de mercado. El libro *En defensa del capitalismo* de Georges Ripert (2001) tiene que leerse. Él defiende activamente la economía de mercado, el estado de derecho y la economía liberal. Criticó el abuso del derecho que, en ese momento, estaba en plena moda. Ripert decía que la excesiva onerosidad de la prestación y denuncias afectaban a la autonomía del contrato y, a su vez, a la libertad humana. Por ende, les sugiero que lean el tomo primero del monumental tratado de derecho civil de los autores citados. La clasificación de los derechos subjetivos es de una genialidad digna de Planiol.

III. PROPIEDAD Y LA OBLIGACIÓN PASIVAMENTE UNIVERSAL

Planiol, defensor del monismo personalista, sostiene que todos los derechos subjetivos son personales y no existen los derechos reales. Fundamenta su pensamiento al decir que lo que nosotros pensamos que es un derecho real es una obligación de "no hacer social". La obligación pasivamente universal es una de las argumentaciones más originales que conozco. Les he de confesar que, con el tiempo, me he convertido en un monista personalista. Ya no creo en la existencia de derechos reales como comentaré después.

Planiol sostiene que, en realidad, no hay derechos reales. La propiedad, el usufructo, la servidumbre no son derechos reales; son obligaciones de no hacer, en las cuales la sociedad reconoce al individuo a cambio de que el individuo le reconozca a su prójimo el derecho de aprovechamiento de un bien. Es decir, la sociedad se impone una obligación de no hacer por la cual tú haces con el bien, siempre y cuando tú respetes que el vecino haga con su bien lo mismo. La obligación pasivamente universal sugiere que en realidad toda la estructura de derechos subjetivos se basa en derechos personales que la sociedad reconoce o no reconoce. Aunque la ley diga que alguien tiene derechos sobre las cosas; si la sociedad no reconoce ese derecho, no lo tiene. Aunque la ley diga lo contrario: que no tienes derechos sobre las cosas; si la sociedad te reconoce ese derecho, sí lo tienes. La idea de Planiol es que los derechos subjetivos forman parte de la interacción y la cooperación voluntaria de las personas y que la sociedad desarrolla, "hayekianamente" de manera evolutiva, obligaciones pasivamente universales diferentes en el transcurso del tiempo y reconoce a una o a unas personas derechos que en otro momento no le reconoce o nuevos que antiguamente no reconocía. La estructura de los denominados derechos reales es consecuencia de una obligación pasivamente universal que la sociedad crea que cambia y transmuta con el transcurso del tiempo.

León Duguit, jurista un poco más joven que Planiol y Ripert, generalmente considerado como publicista añadió a esta idea monista personalista algunas consideraciones profun-

damente originales. Recuerdo cuando era estudiante de Derecho. Me engañaron, de buena fe, seguramente. Me dijeron que Duguit era un publicista francés de izquierda que consideraba que no existía la propiedad. Yo me creí esa historia y nunca leí a Duguit. Me dediqué a leer a Hayek para no perder el tiempo con los que no había que leer. Un día leyendo *Derecho, legislación y libertad* encuentro una nota a pie de página de Hayek (1985): León Duguit, *Las transformaciones del derecho.* Entonces pienso, si Hayek cita a Duguit, lo que habían dicho en mi clase no era verdad. Voy a leerlo. Conseguí el libro de Duguit, que generalmente se encuentra en todas las bibliotecas de Derecho, aunque nadie lo abra. Lo compran porque es obligatorio comprarlo. Es elegante que toda facultad de derecho tenga libros de Duguit. Nadie lo lee. Léanlo. Así como les sugiero a Kelsen, Planiol, Ripert o Hayek, les sugiero ahora a Duguit. Ciertamente, es un jurista muy original. La mayor parte de sus textos son de derecho público, pero el texto central es de derecho subjetivo.

IV. LA PROPIEDAD Y DUGUIT: EL ARGUMENTO RECONSIDERADO

Duguit es uno de los juristas más malentendidos que conozco. Era un liberal. Su tesis es fascinante porque sostiene que el derecho es reflejo de la división de trabajo, es decir, que las instituciones políticas reflejan la organización social. Es, desde este punto de vista, un precursor del realismo que después los escandinavos como Alf Ross, desarrollarán muy profundamente. Duguit lo sugiere desde un punto de vista pro-capitalista. Él dice que las instituciones jurídicas se generan espontáneamente (por eso lo cita Hayek) a partir de la división del trabajo. De esta manera, la propiedad es una función de la división del trabajo, que la sociedad desarrolla en base a la cooperación voluntaria dentro de aquella. No es un derecho real, es una función económica, una relación obligacional.

Resulta que lo que creemos o lo que creíamos que era una división lógica e impecable de los derechos subjetivos, no es tal porque hemos organizado nuestra vida y nuestro mundo pensando que los derechos de las personas son reales y personales. Estudiamos en derecho que los tratados de ciencia jurídica

se organizan de esa forma cuando esa división es completamente arbitraria y, creo yo, a estas alturas, equivocada. Además, esta manera de organizar los derechos subjetivos tiene consecuencias jurídicas. Nos conduce a una confusión si comparamos el dualismo clásico y el monismo realista que tiene muy claro el momento en el cual, al afectar, por ejemplo, un contrato se está produciendo en realidad una expropiación de un derecho de propiedad o de un derecho real, ya que en todo derecho real está implícito uno personal.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD: *IURA*, *PROPIETAS* Y OTRAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

Lamentablemente, el asunto es aún más complicado porque en el intento de profundizar en los conceptos nos damos cuenta de que los conceptos son aún más confusos de lo que parecen y en particular con el derecho real por excelencia: la propiedad. Es aún más complejo porque los derechos subjetivos como tal son muy recientes. No existe la idea de derecho subjetivo en el derecho romano ni entre los glosadores y los posglosadores. Michel Villey, historiador del derecho y filósofo del derecho, cree identificar al precursor de los derechos subjetivos en Guillermo de Ockham; y al creador del concepto moderno en Hugo Grocio.

El derecho romano no conoció el concepto de derechos subjetivos. El término *ius* no era entendido como derecho de la persona en el derecho romano, sino en sentido objetivo porque *ius* era una cualidad de la cosa no un derecho de la persona. El derecho subjetivo aparece cuando la persona se posiciona en el centro de la organización social. En el derecho romano, la descripción de la cosa incluía no solamente a la cosa misma sino también aquello que le pertenecía por su naturaleza. El concepto romano de *propietas* no es el concepto de propiedad subjetiva contemporánea. La *propietas* romana es una cualidad de la cosa, puede ser apropiable por alguien. Por ejemplo, una botella tiene *propietas* porque puede ser apropiada por alguien, pero es una cualidad de la botella no es mi derecho el ser dueño de la botella.

En el derecho romano, la totalidad del derecho era un concepto objetivo y consistía en descubrir la naturaleza de las cosas. Los *IURA*, por ejemplo, en Gayo, los *iura* son los derechos y eran definidos por él como cosas. En las instituciones de Gayo encontraremos que la definición de cosa es incorporal porque los juristas clásicos romanos encontraban que además de la cosa corporal el derecho debía descubrir la parte incorporal. Hay rezagos hasta hoy de esa conceptualización en nuestra tradición jurídica civilista. Por ejemplo, la herencia. Nosotros hablamos de la herencia, estudiamos la herencia. ¿Cómo se entiende la herencia en el contexto de los derechos subjetivos? ¿Qué es la herencia? Nada, desde el punto de vista del derecho subjetivo. Sin embargo, la herencia existe porque es una *iura* romana que ha subsistido en el derecho civil contemporáneo, es decir, un concepto de *ius* en sentido objetivo. La herencia es una cualidad de la cosa del patrimonio del causante, tiene una naturaleza jurídica autónoma, es un derecho sin sujeto. La potestad familiar, la potestad marital son derechos sin sujetos porque provienen de una tradición jurídica mucho más antigua que entiende el derecho en sentido objetivo y no en sentido subjetivo.

La idea aristotélica del derecho como lo justo forma parte de este concepto y es el que le da virtualidad filosófica. La vieja fórmula de Ulpiano, la definición de justicia: un clásico que repetimos todos "justicia es dar a cada cual lo suyo". A su vez, interpretamos lo suyo desde un sentido subjetivista, al estilo de Hugo Grocio cuando resulta que la fórmula de Ulpiano "dar a cada cual lo suyo" no significa lo suyo en sentido subjetivo significa suyo en el sentido de aquello que, por naturaleza, le corresponde; es decir, aquello que le es perteneciente, por naturaleza, objetivamente con independencia de quién es el titular sobre esa cosa o no. El *ius* romano consiste entonces en descubrir la naturaleza jurídica de las cosas porque cada cosa tiene una naturaleza jurídica y eso, a su vez, da forma a nuestra tradición jurídica, por ejemplo: los informes que se piden a los abogados que dictaminan en un juicio, los glosadores Santo Tomás, la escolástica son fieles depositarios de este concepto. La definición tomista de *justo* es fiel depositaria del concepto romano de *ius*, en el sentido objetivo ya que no tiene relación

alguna con nuestra definición en sentido subjetivo a partir del siglo XVII.

VI. POBREZA, PROPIEDAD Y SUS ATRIBUTOS

Villey cree que es Ockham el que, por primera vez, efectúa un tremendo cambio en la historia y en la filosofía del derecho. Merece una pequeña historia:

Ockham fue franciscano, a propósito de la querella por la pobreza en el siglo XIII. Ockham defendió al superior de los franciscanos, Miguel de Cesena, contra el Papa Juan XXII –quien fue un ilustre canonista– uno de los grandes juristas de la historia en Aviñón. Ockham le escribe una defensa de la pobreza. Como saben, los franciscanos muy radicalizados habían renunciado completamente a los bienes materiales y querían vivir en la pobreza.

El papado en Aviñón fulmina a la orden franciscana con una bula donde, llamándolos hipócritas y herejes, hace una argumentación jurídica que es, –imagínense la pieza–, el gran debate entre el Papa Juan XXII y Guillermo de Ockham (debate entre el derecho subjetivo en sentido objetivo, y entre los derechos en sentido objetivo y en sentido subjetivo). Juan XXII plantea que la propiedad está en la cosa y los franciscanos no pueden renunciar a ser propietarios. Ellos son unos hipócritas porque viven en los conventos, comen en los conventos y dicen que han renunciado a la propiedad. No pueden renunciar a la propiedad si están utilizando uno de sus atributos, el *utiendi*. No pueden renunciar a la propiedad si están utilizando otro de sus atributos, el *abutendi*. No pueden renunciar a la propiedad si están utilizando otro de sus atributos, el *fruendi*. Resulta que sí son propietarios. Déjense de hipocresía. Les restituye la propiedad y les obliga a ser dueños. Ockham escribe la defensa de la orden y la pieza es fantástica. Dice en ella que el derecho es potestas. Ahí viene la gran transformación del concepto: la potestad individual. De esta manera, yo puedo hacer voluntariamente con el *ius* lo que quiera porque yo soy el que tiene *potestas*, y no la cosa inanimada.

Se fundamenta esta visión desde un punto de vista teológico. Acordémonos, además, que Ockham es el gran creador del nominalismo en la libertad y voluntad humana, la cual es creada a imagen y semejanza de Dios. Por consiguiente, el ser humano tiene *potestas* y si, voluntariamente, los franciscanos han renunciado a la propiedad o a alguno de los atributos de la propiedad, han renunciado válidamente a ellos porque *ius* es *potestas*. A través de los escritos de la escolástica salmantina y particular de Domingo de Soto, esta idea de *ius* como *potestas* llega a Hugo Grocio, el gran jurista del siglo XVII, utilizando la idea ockhamiana de que *ius* es *potestas* y que el centro de titularidad de derechos no es la cosa sino la persona. Crea el concepto de derecho subjetivo como derecho autónomo en un párrafo muy famoso de su tratado sobre la guerra y la paz, y define a los derechos como la cualidad moral por la cual una persona puede servirse de una cosa. Clasifica las cualidades morales en tres: el derecho en sí (la libertad); la propiedad (usufructo o lo que llamaríamos después los derechos reales); y los contratos y obligaciones (derechos con los demás). De esta manera, da lugar a lo que posteriormente será uno de los clásicos del derecho civil contemporáneo.

La genealogía Ockham-Domingo de Soto-Grocio es significativa. Se conoce hoy en día ya que Hugo Grocio fue un lector devoto de Domingo de Soto. En la biblioteca del primero y en sus textos, al único salmantino que cita es a de Soto. Domingo de Soto tiene un discípulo, Suárez, que es muy interesante porque en algún texto define derecho como ley o como dominio. Si nos damos cuenta esa definición de Suárez está la síntesis del problema: "si ius es ley o si ius es dominio", es decir, si el derecho es objetivo, por tanto, la ley inmutable, natural; o si es dominio subjetivo, *potestas*, voluntad individual sobre las cosas.

VII. *PROPERTY RIGHTS EN CONTEXTO*

La evolución del concepto de marca no deja duda de que el nombre es un *property right*, que la reputación es un *property right*. Sin embargo, es claro que tú puedes enajenar tu reputación para que alguien se sirva de ella.

Si una titularidad carece de exclusividad o enajenabilidad, o te da una sola cosa, no es un *property right*: por ejemplo, tu matrimonio. Este, en teoría, te da exclusividad; pero no enajenabilidad. No puedes vender a tu cónyuge. Aunque las relaciones dentro del matrimonio son exclusivas y enajenables, si es que se comparten, si es que hay un régimen de comunidad ganancial. No obstante, la relación, el contrato que haces con tu cónyuge no es enajenable; por lo tanto, una relación matrimonial no es un *property right*.

¿El contrato de trabajo es un *property right*? En el derecho moderno, el contrato de trabajo es una promesa unilateral. Si definimos el contrato de trabajo en los términos de las convenciones de la OIT, no es un contrato, sino que es donación con carga. Es un acto unilateral en el cual el patrono promete darte dinero si tú trabajas correctamente. Sin embargo, desde que se eliminaron la servidumbre, la esclavitud, y la prisión por deudas, ¿hay contrato de trabajo?

A diferencia de la compraventa, en la cual tú tienes: A=vende; B=compra. Se produce un intercambio de titularidades, estas intercambiando property rights, derechos subjetivos en un sentido monista realista. En el contrato de compraventa he intercambiado la propiedad sobre el precio por la propiedad sobre la cosa. Ese es el contrato de compraventa: hay un intercambio de dos derechos subjetivos que integran mi patrimonio, de dos titularidades. Yo tengo la exclusividad y la enajenabilidad del dinero, tú tienes la exclusividad y la enajenabilidad de la cosa. Yo soy dueño del dinero, tú eres dueño de la cosa.

Lo que sucede en el contrato de compraventa es un intercambio del precio por la cosa. En el contrato de trabajo no intercambias nada. En la compraventa incorporas en tu patrimonio el derecho a la cosa y, si no se entrega la cosa o no se paga el precio de la cosa, hay acción penal, civil, indemnización, etc. Sin embargo, en el contrato de trabajo, el trabajador puede exigir que el patrono cumpla, pero no viceversa; el patrono solo puede despedirlo, pero no obligarle a trabajar.

Esto pasa en muchos contratos. Por ejemplo, en el contrato de mutuo o de préstamo, se intercambia la propiedad sobre el capital por la propiedad del capital más los intereses. Hay un intercambio de dos derechos de propiedad, hay un intercambio de dos titularidades. Yo tengo el derecho de la exclusividad y la enajenabilidad del dinero que conforma el capital y tú tienes la exclusividad y la enajenabilidad del capital más los intereses. Entonces, nos hemos intercambiado el derecho al capital, que yo te transfiero por el préstamo, y yo tengo el derecho a exigirte a ti el capital más los intereses; tengo la propiedad sobre eso. En estos contratos se intercambian derechos de propiedad, titularidades, en los otros no.

¿Qué pasa en los esponsales? ¿Hay intercambio de titularidades? No, porque es como el contrato de trabajo. El novio promete unilateralmente a la novia que se va a casar, pero ¿y si no se casan? De igual manera, pasa cuando contratas a un artista. Desde este punto de vista, cada vez que tengan un derecho subjetivo, por ejemplo, un contrato, que posea uso exclusivo de ese derecho y que sea enajenable, están frente a un property right. Por ejemplo, una concesión minera en el Perú donde, según su legislación, el suelo y subsuelo son de propiedad estatal, todas las riquezas minerales que uno encuentre son del gobierno. Esa es la diferencia entre encontrar petróleo en el Perú y encontrar petróleo en Texas: en Texas eres rico porque el petróleo es tuyo; en el Perú eres pobre porque el petróleo es del gobierno.

En el Perú hay una especie de licencia que te da el gobierno: un contrato que se llama concesión. La concesión en el Perú tiene tratamiento de derecho real, se le considera una forma de propiedad. Empero, ¿qué significa económicamente la concesión? Es un contrato que celebras tú con el gobierno (que es el dueño) y que te permite la exclusividad del yacimiento minero y la enajenabilidad de ese derecho: es decir, tú puedes comprar y vender concesiones mineras, puedes explotarlas, arrendarlas. Este es un típico ejemplo de un contrato que se convierte en una titularidad porque te da la exclusividad y enajenabilidad.

En Guatemala existen algunas formas de contratación que se parecen a esta, como lo vinculado al espectro electromagnético. En el Perú no existen leyes de espectro electromagnético, aquí no se puede comprar y vender una licencia para prestar el servicio de telefonía celular. No puedo comprar la licencia porque ésta es un derecho personal. En el caso peruano, no te da la enajenabilidad. Sin embargo, en el caso de Guatemala, un paso notable respecto a toda América Latina es que no solo te da el derecho exclusivo para usar una banda del espectro electromagnético, sino que te da la posibilidad de enajenarla. En el sentido económico es una titularidad. Para los abogados no sería un derecho real pero económicamente, al darte la exclusividad y la enajenabilidad, se convierte en un *property right*, en una titularidad. Funciona como un derecho real siendo un derecho personal porque es un contrato. Cada vez que tengan algún derecho, que sea de uso exclusivo y enajenable, estarán frente a un *property right*. Lo que llamaríamos un derecho de propiedad, en sentido anglosajón.

Ahora, en el mundo moderno el desarrollo de la tecnología está haciendo que aparezcan más recursos que puedan ser utilizados exclusivamente y que sean enajenables. Piensen en la historia de los recursos. ¿Cuándo un terreno baldío se convierte en un terreno económicamente explotable? En primer lugar, cuando puedes criar un ganado en él. ¿Cuándo dejan de ser animales salvajes y se convierten en ganado? Cuando puedes excluir a los demás del aprovechamiento de ese ganado. ¿Cuándo ocurre? Cuando se inventa el marcado del animal. ¿Por qué se marca al animal? Para crear un *property right* en los animales. Y esa es una solución tecnológica.

Por lo general, la aparición de nuevas tecnologías permite crear nuevas formas de uso exclusivo sobre ellas y dar lugar al aprovechamiento económico y a la exclusividad y enajenabilidad de ese recurso. Por ejemplo, pensando en el ámbito deportivo: en el béisbol hay propiedad; los equipos son de propiedad privada. Lo mismo pasa en el fútbol americano, en el hockey, en el baloncesto. El problema del fútbol radica en la FIFA. Esta es una organización de personas más no una de capitales. Y, como toda estructura de personas, se basa en

lealtades de tipo feudal. Además, aquella es un sistema es de cooptación, es decir, es un procedimiento político por el cual el antecesor elige al sucesor. Así funciona la FIFA.

El presidente de la FIFA escoge a los presidentes de las confederaciones, los cuales, a su vez, escogen a los presidentes de las federaciones, quienes, a la par, escogen a los presidentes de las ligas y, éstos últimos, escogen a los presidentes de los clubes. La FIFA es una organización privada que se da el lujo de hacer el campeonato mundial donde juegan naciones, en el cual ningún estado tiene injerencia. La federación guatemalteca como la federación peruana no dependen ni de Guatemala ni de Perú, ambas dependen directamente de aquella.

Entonces, decir que hay derecho de propiedad en el fútbol es relativo. Hay derechos personales. Dentro del fútbol se está produciendo una evolución: muchos clubes han comenzado a hacer sociedades de capitales. Por ejemplo, Boca, Milán, Fiorentina, están alistados en bolsa. Sin embargo, la mayoría de los clubes del mundo siguen siendo sociedades de personas. Esto explica el problema del porque hay violencia sólo en el fútbol. En todos los deportes hay un dueño. En cambio, en el fútbol, los clubes no son de propiedad de nadie; son solo sociedades de personas, lo que da paso a la violencia. Donde no hay propiedad, hay violencia.

Las sociedades de personas tienden a ser organizaciones políticas donde los socios se pelean el control del club utilizando a los hinchas. Entonces, hay violencia en el fútbol porque no hay derecho de propiedad. El problema de la transferencia de los jugadores es lo más parecido a la esclavitud. El pase FIFA de un jugador es una declaración de esclavitud. El fútbol tiene un sistema de pases en el cual el club lo vende, pero con aquiescencia del jugador. El sistema de transferencia de los jugadores en el fútbol es una cosa complicada porque además existe la regla FIFA llamada “cláusula de resolución”, de libre transferencia de un jugador, que consiste en que si tienes un contrato con un equipo de fútbol, cualquier otro equipo, en cualquier momento, puede romper tu contrato si paga la “cláusula de resolución”. Además, el problema con la FIFA es que hay una especie de monopolio ya que compra los derechos del fútbol en el mundo.

Por ejemplo, la FIFA les compra a las federaciones los derechos de transmisión de televisión de sus campeonatos.

¿Por qué existe una estructura de *property rights*, de derechos reales? Por que los recursos son finitos y escasos. Y, ¿cómo se multiplica el aprovechamiento de los recursos?

Una de las funciones económicas del derecho consiste en multiplicar el aprovechamiento de los recursos, metafóricamente. El derecho ha permitido, mediante una ficción, que un mismo recurso pueda ser utilizado muchas veces. Piensen por un minuto en una propiedad, en una finca. Ustedes son los propietarios, es decir, solo hubiera un derecho real, una titularidad, la finca podría ser utilizada una sola vez. Pero ¿qué ha hecho el derecho? Ha creado la estructura institucional, formas de desdoblar económicamente el aprovechamiento de la finca. La puedes explotar de una segunda manera. Resulta que también la puedes dar en hipoteca, que es un *property right* autónomo. Entonces, tu finca ya se usa dos veces, como explotación finquera, pero también como hipoteca. El derecho también te permite una tercera posibilidad: darla en usufructo, total o parcialmente, por lo cual das a alguien que explota la finca y paga una renta por hacerlo y, además, la tienes hipotecada. Puede haber titularidades. Se han multiplicado los recursos, se ha permitido la maximización del valor de ese recurso. Es decir que sobre un recurso puede haber varias utilizaciones exclusivas. En un mismo recurso, tú puedes ser propietario y, a la vez, haber transferido la superficie de ese recurso.

CONCLUSIONES

Las hipótesis que quiero plantear para terminar esta discusión teórica y, como dije. En primer lugar, hay un concepto de propiedad que responde a la idea de derecho objetivo abrevado en el derecho romano, en el tomismo, en los glosadores y en los posglosadores. Asimismo, hay otro que responde a la idea de derecho subjetivo que además tiene las dificultades que hemos apuntado respecto de la división dualista o monista de los derechos subjetivos; o es un derecho real o es un derecho personal o, en realidad, todos los derechos son derechos reales. Hecha esta conclusión provisional, la primera hipótesis es la si-

guiente: después de 20 años de cátedra y de investigación en el Perú he llegado a la conclusión, o quizás a la hipótesis siguiente provisional: en América Latina el derecho de propiedad existente responde al concepto objetivo de propiedad. El derecho latinoamericano entiende a la propiedad como un atributo de la cosa. Entiende a los derechos reales como objetivos. La cosa puede ser apropiada por alguien.

Nuestro derecho, cronológicamente, es pre-Grocio porque él escribe después de la conquista. Nuestro Derecho civil hispanoamericano es un derecho influido por los glosadores y los posglosadores, por la tradición jurídica castellana, por el derecho romano, romanista y neo romanista. No obstante, no es un derecho influido por Grocio en sentido alguno. Nuestros textos jurídicos, nuestra literatura jurídica, la jurisprudencia, la tradición jurídica, y el derecho oficial entienden el *ius* en sentido objetivo y es tributario de la tradición romana. Supuestamente, hay unas cosas o unos bienes que tienen unas cualidades que justifican su apropiación por alguien.

Hipótesis dos: el derecho realmente existente, a pesar del que practican los pobres de América Latina que no obedecen las leyes, sino que crean sus propias costumbres desafiando competitivamente la producción de normas a través de mecanismos consuetudinarios, responde al fenómeno subjetivista. Es decir, la propiedad entre los informales es un derecho subjetivo más aún. Hipótesis tres: monista, personalista: los informales de América Latina en Perú y en Guatemala que invaden terrenos. La ley dice que eso es un delito, que el propietario eres tú, que tú eres el invadido y no el que viene. El derecho vivo, vigente, es subjetivista porque son derechos de las personas y son obligaciones pasivamente universales. América Latina pertenece a una tradición que tiene 500 años, es decir, nuestra tradición y sus escuelas occidentales tienen 500 años de tradición, que no es poco. Estamos hablando de cosas como *propietas* y de las características del *ius*. En la tradición jurídica romanista y neo romanista más depurada, la barroca, en realidad, somos juristas barrocos.

Sin embargo, la realidad social ha excedido esa virtualidad, esa discusión jurídica. En la realidad social hay órdenes jurídicos competitivos creados, consuetudinariamente, que desafían el orden jurídico definido por las leyes. En esta lógica la invasión es un modo de adquirir la propiedad. Eso no está en ninguna ley e, incluso, nos parece monstruoso desde el punto de vista del derecho objetivo. Sin embargo, ocurre que nuestra sociedad le reconoce virtualidad y consecuencias jurídicas.

En el Perú, este fenómeno de la invasión como una forma de adquirir propiedad ha alcanzado tal nivel que ya no solo invaden los pobres, ahora también los ricos. En el Perú las playas aparentemente son de propiedad pública, por mandato constitucional, y nadie podría construir en ellas. Por supuesto, esto es falso porque ya no existe prácticamente un centímetro de "playa pública" en el litoral de Lima. Todo ha sido todo invadido por los ricos, que han construido sus casas de descanso igual que los barrios de los pobres ("pueblos jóvenes") se han ubicado en ciertas zonas colindantes a los cerros limeños. Al final, estas zonas de ricos también constituirían ejemplo de invasiones de terrenos públicos contrarias a la ley. Serian entonces individuos que han incurrido en una conducta prohibida, pero recordemos que al existir s una "obligación pasivamente universal", el escenario cambia. Yo reconozco tu "pueblo joven", y tu reconoces mi casa de playa, entonces como se dice coloquialmente en Perú, todos "somos felices". ¿Qué es eso? Pues simplemente "Derecho", otro "derecho".

Finalmente, les invito, después de navegar por Grocio y por Ockham, a abrir los ojos a lo que sucede en nuestros pueblos. Hay que darnos cuenta de que la vida cotidiana es un laboratorio de derecho. Es necesario abrir los ojos, reconocer la realidad y entender que las fuentes del derecho no se crean jerárquicamente sino competitivamente, y que no existe una pirámide normativa. Esa idea, que después populariza Kelsen, según la cual las normas se organizarían en una pirámide normativa es falsa. Lo que es hay es libre concurrencia que, simultáneamente, nos muestra la existencia de diferentes proveedores de normas en la sociedad como la costumbre y la ley. La gente se desplaza y el que escoge qué norma cumple es

el ciudadano. Se desplazan de una fuente del derecho a otra en función de los costos y beneficios de cada fuente del derecho. De manera que, si la ley es muy costosa, la gente se desplaza a la costumbre y si la costumbre es muy costosa se desplaza a la ley. Esa competencia institucional, que es la creadora del derecho en una sociedad, nos permite darnos cuenta de que, a veces, los conceptos no son lo que estamos acostumbrados a pensar o lo que pensamos académicamente. Tenemos que analizar los conceptos tal como son y las realidades sociales tales como ellas operan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Posner, R. A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Hayek, F. A. (1985). *Derecho, legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial.

Ripert, G. (2001). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada: Editorial Comares.

Recibido: 28/10/2019
Aprobado: 12/06/2020
Enrique Ghersi Silva: Universidad de Lima y CITEL
Correo electrónico: rfj@puce.edu.ec
Ciudad: Lima
País: Perú

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.244

Diálogo sobre las libertades y el estado Subsidiario

Dialogue on freedoms and the subsidiary State

Hugo Ramiro Gómez Apac
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
Ciudad: Lima
País: Perú

Artículo original (análisis)

RFJ, No. 7, 2020, pp. 131-156, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El artículo, utilizando un diálogo ficticio entre un padre y su hijo, en el que el primero responde las inquietudes del segundo, explica las diferentes posiciones ideológicas que existen teniendo en consideración la intensidad en la aceptación o rechazo de las libertades individuales, sean estas económicas, políticas o civiles, utilizando para dicho propósito un plano cartesiano en el que cada cuadrante refleja una posición ideológica diferente. Luego de ello, y en tanto el vástago tiene los conceptos más claros gracias a las explicaciones de su progenitor, y siguiendo el mismo método de preguntas y respuestas, el artículo explica la diferencia que existe entre estado del bienestar y estado subsidiario, modalidades ambas de lo que se conoce como economía social de mercado.

PALABRAS CLAVE: Liberalismo, mercantilismo, economía social de mercado, estado del bienestar, estado subsidiario.

ABSTRACT: The paper, using a fictitious dialogue between a father and his son, in which the former answers the questions of the latter, explains the different ideological positions that exist based on the intensity in the acceptance or rejection of individual freedoms, such being economical, political or civil freedoms, using for this purpose a Cartesian plane in which each quadrant reflects a different ideological position. While the son has the most

explicit concepts, thanks to his father's explanations and following the same method of questions and answers, the paper explains the difference between a welfare state and a subsidiary state, both modalities of what is known as the social market economy.

KEYWORDS: Liberalism, mercantilism, the social market economy, welfare state, subsidiary state.

INTRODUCCIÓN[1, 2]

Desde hace tiempo teníamos la inquietud de escribir un texto que explicara las diferentes posiciones ideológicas en torno a la mayor o menor aceptación de las libertades individuales, sean estas económicas, políticas o civiles. Libertades económicas como el derecho de propiedad, la libertad de contratación, la libre iniciativa privada, la libre competencia y la libertad de empresa; libertades políticas como el voto voluntario, el derecho al sufragio de los militares, elegir o ser elegido sin importar el lugar de tu domicilio (el domiciliado en una ciudad podría postular para alcalde en otra ciudad) o nacionalidad (la posibilidad de que extranjeros sean alcaldes); libertades civiles como el matrimonio igualitario, la libre comercialización y adquisición de drogas blandas, el aborto legal, la libertad de elegir morir (eutanasia), la laicidad del estado, etc.

Frente a la división tradicional entre izquierda y derecha que resulta insuficiente para identificar el abanico de posiciones divergentes y convergentes, consideramos pertinente un esquema en el que la concepción derecha e izquierda se limite a la mayor o menor adhesión a las libertades económicas, y que la perspectiva arriba y abajo se centre en el mayor o menor consentimiento de las libertades políticas y civiles, dando como resultado un plano cartesiano en el que cada cuadrante visualiza con mayor claridad las diferentes posturas ideológicas que pueden adoptar las personas.

1 Las opiniones vertidas en el presente documento son de carácter estrictamente personal y académico, y de ninguna manera comprometen al organismo internacional en el cual el autor labora en la actualidad.

2 Resulta pertinente advertir que la noción de estado subsidiario esbozada en el presente trabajo tiene como referencia el régimen económico previsto en la Constitución Política del Perú de 1993.

Así, mientras algunos son abanderados de todas las libertades, otros son paladines de algunas pero objetores de las restantes. Unos tienen preferencia por todas las libertades económicas pero recelo de algunas civiles. Los hay quienes son escépticos de las libertades económicas, indiferentes frente a las políticas y promotores de las civiles. Y claro que también hay espacio para aquellos que, sobre la base de querer —con fe ciega en algunos casos— un estado que se ocupe de todo, desdeñan todo tipo de libertad.

Qué duda cabe que ciertas libertades son más polémicas que otras. La libre comercialización de las drogas blandas, el matrimonio igualitario y el aborto legal generan una tirante polarización en la sociedad. Y son tan controversiales que crispan, irritan, enojan, al punto que los políticos huyen lo más que puedan de la confrontación de estos temas. No es propósito de este documento tomar partido por una o más de tales libertades, sino simplemente bosquejar un modelo que permita individualizar o ubicar las diferentes posiciones ideológicas en un plano cartesiano en función de las libertades que son apoyadas.

En el ínterin se menciona la diferencia entre liberalismo y mercantilismo, dos conceptos diferentes que suelen ser tomados como si fueran lo mismo, por error o adrede, especialmente por personas que comulgan o tienen afinidad por el comunismo o el socialismo. Finalmente, se aprovecha las nociones vertidas para abordar un asunto más complejo que es la diferenciación entre estado del bienestar y estado subsidiario. Si bien ambos modelos son expresiones de lo que se conoce como economía social de mercado, el lector podrá apreciar cierta preferencia por el segundo, en la medida que este modelo resguarda de mejor manera las libertades económicas sin menoscabar el rol solidario y de justicia social que le compete al estado. En un estado subsidiario el estado cumple un rol regulador para corregir las fallas del mercado (externalidades, bienes públicos, poder de mercado, entre otros) y tiene el deber de asegurar la provisión y cobertura de servicios esenciales (educación, salud, justicia), servicios públicos (energía, saneamiento, telecomunicaciones) e infraestructura pública (carreteras, puertos, aeropuertos, vías férreas) a toda la población, así como servicios de asistencia social a los más necesitados.

El propio Adam Smith (1996, p. 660), padre del pensamiento liberal, reconoció que es deber del estado no solo asegurar el orden interno, la defensa externa y la administración de justicia, sino también la provisión de bienes públicos, tal como se aprecia de la siguiente cita:

> Según el sistema de la libertad natural, el soberano sólo tiene tres deberes que cumplir, tres deberes de sobresaliente importancia pero que están al alcance y comprensión de una inteligencia corriente. Primero, el deber de proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes. Segundo, el deber de proteger, en cuanto sea posible, a cada miembro de la sociedad frente a la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de esta, o el deber de establecer un exacta administración de la justicia. Y tercero, el deber de edificar y mantener ciertas obras públicas y ciertas instituciones públicas que jamás será del interés de ningún individuo o pequeño número de individuos el edificar y mantener, puesto que el beneficio nunca podría reponer el coste que representarían para una persona o un reducido número de personas, aunque frecuentemente lo reponen con creces para una gran sociedad.

Friedrich August von Hayek (2008, pp. 70 y 71), otro de los exponentes del liberalismo, da los siguientes argumentos a favor de la regulación estatal y de la prestación de servicios sociales:

> Es importante no confundir la oposición contra la planificación de esta clase con una dogmática actitud de laissez-faire. La argumentación liberal defiende el mejor uso posible de las fuerzas de la competencia como medio para coordinar los esfuerzos humanos, pero no es una argumentación en favor de dejar las cosas tal como están. Se basa en la convicción de que allí donde pueda crearse una competencia efectiva, ésta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales. No niega, antes bien, afirma que, si la competencia ha de actuar con ventaja, requiere una estructura legal cuidadosamente pensada, y que ni las

> reglas jurídicas del pasado ni las actuales están libres de graves defectos. Tampoco niega que donde es imposible crear las condiciones necesarias para hacer eficaz la competencia tenemos que acudir a otros métodos en la guía de la actividad económica. El liberalismo económico se opone, pues, a que la competencia sea suplantada por métodos inferiores para coordinar los esfuerzos individuales. Y considera superior la competencia, no sólo porque en la mayor parte de las circunstancias es el método más eficiente conocido, sino, más aún, porque es el único método que permite a nuestras actividades ajustarse a las de cada uno de los demás sin intervención coercitiva o arbitraria de la autoridad. En realidad, uno de los principales argumentos en favor de la competencia estriba en que ésta evita la necesidad de un «control social explícito» y da a los individuos una oportunidad para decidir si las perspectivas de una ocupación particular son suficientes para compensar las desventajas y los riesgos que lleva consigo.
>
> (...) Prohibir el uso de ciertas sustancias venenosas o exigir especiales precauciones para su uso, limitar las horas de trabajo o imponer ciertas disposiciones sanitarias es plenamente compatible con el mantenimiento de la competencia. La única cuestión está en saber si en cada ocasión particular las ventajas logradas son mayores que los costes sociales que imponen. Tampoco son incompatibles el mantenimiento de la competencia y un extenso sistema de servicios sociales, en tanto que la organización de estos servicios no se dirija a hacer inefectiva en campos extensos la competencia.

En un estado subsidiario el mercado le pertenece a los privados, y el estado asume en resguardo del mercado dos encargos: el de autoridad y el de empresario. Como autoridad despliega su regulación para corregir las fallas del mercado. Como empresario interviene en ausencia o defecto de la iniciativa privada. En este modelo la libre competencia reina en los mercados, y son los

consumidores, los jueces del proceso competitivo, los que deciden quién gana y quién pierde. La teoría de la soberanía del consumidor se sustenta en la idea de que los empresarios compiten entre sí para satisfacer las preferencias del soberano consumidor, y gracias a la competencia, a la rivalidad de las empresas en el mercado, los consumidores obtienen productos y servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y de más fácil acceso. La noción de soberanía del consumidor es explicada magistralmente por Luwing von Mises (2018, pp. 328 y 329) en los siguientes términos:

> En la sociedad de mercado corresponde a los empresarios la dirección de los asuntos económicos. Ordenan la producción. Son los pilotos que dirigen el navío. A primera vista, podría parecernos que son ellos los supremos árbitros. Pero no es así. Están sometidos incondicionalmente a las órdenes del capitán, el consumidor. Ni los empresarios ni los terratenientes ni los capitalistas deciden qué bienes deban ser producidos. Eso corresponde exclusivamente a los consumidores. Cuando el hombre de negocios no sigue, dócil y sumiso, las directrices que, mediante los precios del mercado, el público le marca, sufre pérdidas patrimoniales; se arruina y acaba siendo relevado de aquella eminente posición que ocupaba al timón de la nave. Otras personas, más respetuosas con los mandatos de los consumidores, serán puestas en su lugar.
>
> Los consumidores acuden a donde le ofrecen a mejor precio las cosas que más desean; comprando y absteniéndose de hacerlo, determina quiénes han de poseer y administrar las plantas fabriles y las explotaciones agrícolas. Enriquecen a los pobres y empobrecen a los ricos. Precisan con el máximo rigor lo que deba producirse, así como la cantidad y calidad de las mercancías. Son como jerarcas egoístas e implacables, caprichosos y volubles, difíciles de contentar. Sólo su personal preocupación les preocupa. No se interesan ni por méritos pasados ni por derechos un día adquiridos. Abandonan a sus tradicionales proveedores en

> cuanto alguien les ofrece cosas mejores o más baratas. En su condición de compradores y consumidores, son duros de corazón, desconsiderados por lo que a los demás se refiere.
>
> (...) Sólo ateniéndose rigurosamente a los deseos de los consumidores pueden los capitalistas, los empresarios y los terratenientes conservar e incrementar su riqueza. No pueden incurrir en gasto alguno que los consumidores no estén dispuestos a reembolsarles pagando un precio mayor por la mercancía de que se trate. Al administrar sus negocios han de insensibilizarse y endurecerse, precisamente por cuanto los consumidores, sus superiores, son a su vez insensibles y duros.

En el modelo regido por el principio de subsidiariedad, el estado tiene un deber especial de garantizar una educación pública de calidad al alcance de todos. Una buena educación genera una fuerza laboral más capacitada, lo que a su vez genera innovación e incrementa la productividad, impulsores del crecimiento económico. Adam Smith (1996, p. 719) reconoció la importancia de la educación pública al afirmar que "La educación del pueblo llano requiere quizás más la atención del estado en una sociedad civilizada y comercial que la de las personas de rango y fortuna." Mario Vargas Llosa (2018, p.27), Premio Nobel de Literatura 2010 y un vocero autorizado del ideario liberal, nos dice lo siguiente con relación a la educación pública:

> Por esa razón es tan importante, para el liberalismo, ofrecer a todos los jóvenes un sistema educativo de alto nivel que asegure en cada generación un punto de partida común, que permita luego las legítimas diferencias de ingreso de acuerdo al talento, al esfuerzo y al servicio que cada ciudadano presta a la comunidad. En el mundo de la educación —escolar, técnica y universitaria— es donde más injusto es el privilegio, es decir, favorecer con una formación de alto nivel a ciertos jóvenes condenando a los otros a una educación somera o ineficiente que los conduce a un futuro limitado, al fracaso o a la mera supervivencia. Esto

> no es una utopía, sino algo que, por ejemplo, Francia consiguió en el pasado con una educación pública y gratuita que solía ser de más alto nivel que la privada y estaba al alcance de toda la sociedad...

Un estado subsidiario tampoco descuida la salud de la población. La pandemia del Covid-19 (Coronavirus) nos recuerda la importancia de los sistemas públicos de seguridad social y los servicios asistenciales (*v.g.* las beneficencias públicas). Sobre la intervención del estado en caso de calamidad pública, vale la pena leer el siguiente párrafo de Friedrich A. Hayek (2008, pp. 124 y 125):

> No existe tampoco razón alguna para que el Estado no asista a los individuos cuando tratan de precaverse de aquellos azares comunes de la vida contra los cuales, por su incertidumbre, pocas personas están en condiciones de hacerlo por sí mismas. Cuando, como en el caso de la enfermedad y el accidente, ni el deseo de evitar estas calamidades, ni los esfuerzos para vencer sus consecuencias son, por regla general, debilitados por la provisión de una asistencia; cuando, en resumen, se trata de riesgos genuinamente asegurables, los argumentos para que el Estado ayude a organizar un amplio sistema de seguros sociales son muy fuertes. En estos programas hay muchos puntos de detalle sobre los que estarán en desacuerdo quienes desean preservar el sistema de la competencia y quienes desean sustituirlo por otro diferente; y es posible introducir bajo el nombre de seguros sociales medidas que tiendan a hacer más o menos ineficaz la competencia. Pero no hay incompatibilidad de principio entre una mayor seguridad, proporcionada de esta manera por el Estado, y el mantenimiento de la libertad individual. A la misma categoría pertenece también el incremento de seguridad a través de la asistencia concedida por el Estado a las víctimas de calamidades como los terremotos y las inundaciones. Siempre que una acción común pueda mitigar desastres contra los cuales el individuo ni puede intentar protegerse a sí mismo ni prepararse para sus consecuencias, esta acción común debe, sin duda, emprenderse.

El plano cartesiano de las posiciones ideológicas, la diferencia entre liberalismo y mercantilismo y la disimilitud entre estado del bienestar y estado subsidiario son explicados simulando el diálogo entre un padre y su hijo. La curiosidad de este sirve de pretexto para que el padre exponga y desarrolle paso a paso los conceptos antes mencionados, de modo que el lector, testigo del diálogo, se zambulle en la mente de los interlocutores y va navegando con ellos en una tertulia que busca resaltar la importancia de buscar consensos a partir de la defensa de las libertades y de la necesidad de que la intervención del estado en la economía tenga límites bien definidos.

1. EL PLANO CARTESIANO Y LA BÚSQUEDA DE CONSENSOS A PARTIR DE LA DEFENSA DE LAS LIBERTADES

Padre e hijo tenían pendiente esta conversación. Encerrados por la cuarentena encontraron el momento propicio. El hijo inició el diálogo.

—Me parece difícil que alguien de izquierda se pueda poner de acuerdo con alguien de derecha.

—Eso depende de qué tan a la izquierda o a la derecha estén. No hay una única posición de izquierda o de derecha. Hay diversas posiciones. Imagina un punto negro. Ahora traza mentalmente una línea horizontal que atraviesa ese punto. En esa línea horizontal, el punto negro es el centro. A su derecha imagina diversos puntos de color azul, lo mismo que a su izquierda de color rojo. Si has hecho lo que estoy pensando, en la línea horizontal hay puntos azules a la derecha que están cerca al centro y otros que se alejan hacia la derecha. De igual manera, hay puntos rojos a la izquierda que están cerca del centro y otros se alejan hacia la izquierda.

—¡Ah! ¡Ya entiendo! Es difícil que se pongan de acuerdo los que están en la extrema izquierda con los que están en la extrema derecha, pero los de la izquierda que están cerca del centro se pueden poner de acuerdo con los de la derecha que también están cerca del centro.

—¡Exacto! Un comunista que cree que el estado debe ser el propietario de todos los factores de producción (tierra, capital, máquinas y trabajo) nunca se va a poner de acuerdo con un libertario que cree que el estado solo debe asegurar el orden interno (con leyes, jueces y policías) y la defensa externa (con las fuerzas armadas) y mantener las relaciones exteriores (con embajadores y cónsules).

—Porque ese comunista es de extrema izquierda y ese libertario de extrema derecha.

—Así es, pero tengo que hacer una aclaración. Para simplificar las cosas he dividido la izquierda de la derecha en función del grado de intervención del estado en la economía. Así, la izquierda refleja a quienes creen que el estado debe intervenir bastante, al punto que la extrema izquierda la identifico con el comunismo en el que no hay mercado sino solo estado. Por su parte, la derecha la identifico con quienes se oponen a una excesiva intervención del estado, colocando en la derecha extrema a los libertarios que creen que el estado no debe intervenir para nada en el mercado. Hago esta aclaración porque el término "extrema derecha" también alude a un sector que si bien cree "algo" en el mercado, es entre comillas "moralmente" conservador.

—Explícame sobre esa "extrema derecha".

—Esa "extrema derecha" no es liberal. Que crea "algo" en el mercado significa que solo cree en el mercado cuando le conviene; es decir, es un mercantilista. Un liberal no piensa así. Un liberal cree en el mercado independientemente de si gana o pierde en el mercado. Un liberal cree en el mercado en el sentido de que la libre competencia decide qué empresario gana y qué empresario pierde. Un mercantilista cree en la propiedad privada porque tiene propiedades y cree en la competencia en tanto ésta le permita ganar dinero. Pero si para ganar dinero, o para evitar perderlo, tiene que olvidarse de la competencia, lo hará. Es mercantilista el que le pide al estado privilegios para ganar dinero, como por ejemplo tener el monopolio de la fabricación o venta de un producto determinado. Es mercantilista el que le pide al estado destruir a sus competidores a través del incremento de los aranceles o la imposición de limita-

ciones o barreras para entrar al mercado. El liberal no le tiene miedo a la competencia, el mercantilista sí. El mercantilismo genera corrupción pues a través de coimas busca la obtención de ventajas o privilegios que solo el estado puede dar. El mercantilismo es ineficiente porque es fuente de barreras burocráticas que entorpecen el acceso y permanencia de los agentes económicos en el mercado. Por otro lado, un liberal cree en la libertad, en todo tipo de libertad. Cree tanto en las libertades económicas (derecho de propiedad, libertad de contratación, libre iniciativa privada, libre competencia y libertad de empresa) como en las libertades políticas y civiles. Libertades políticas como el voto voluntario o el derecho al sufragio de los militares, y libertades civiles como el matrimonio entre homosexuales, el estado laico o la libre comercialización de las drogas, al menos las llamadas drogas blandas. Respecto de tales libertades, esa "extrema derecha" es conservadora. Para empezar, es religiosa. Considera que el estado, en lugar de ser laico, debe promover las ideas y principios de una determinada religión, quiere un estado confesional. Segundo, no le gusta ciertas libertades civiles. Se opone al matrimonio igualitario, lo mismo que a la legalización de las drogas. Ahora bien, dije entre comillas "moralmente" porque esa "extrema derecha" combate lo que ella considera que es inmoral. El problema es que lo que es inmoral para unos puede no serlo para otros. Para unos puede ser inmoral las relaciones sexuales prematrimoniales, para otros no. Para unos puede ser inmoral las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, para otros no. Para unos puede ser inmoral que un hombre de sesenta años se case con una mujer de veinte, para otros no. La moral depende del grupo religioso al que perteneces, de tu entorno social o, en el extremo, depende de cada uno.

—Entonces esa "extrema derecha" es mercantilista y conservadora. Es mercantilista porque cuando la competencia no le conviene, le pide al estado privilegios. Y es conservadora porque le incomodan ciertas libertades civiles.

—Así es.

—Entonces tendríamos que definir mejor la diferencia entre izquierda y derecha.

—Hay una forma. Visualiza nuevamente la línea horizontal. Ahora córtala por el centro mediante una línea vertical. Lo que verás (en tu mente) es un plano cartesiano (coordenadas cartesianas). Cuatro cuadrantes y el centro (recuerda el punto negro) que es el origen de cada cuadrante. La línea horizontal es el eje de las abscisas y donde están los puntos *x*, mientras que la línea vertical es el eje de las ordenadas y donde están los puntos *y*. Que la línea o eje horizontal (de los puntos *x*) refleje, como te lo expliqué hace un momento, el grado de intervención del estado en la economía. A la derecha del centro, los puntos *x* positivos (los azules) que expresan la menor intensidad de la participación del estado como regulador y empresario o, dicho en otras palabras, la intensidad de la libertad económica. A la izquierda, los puntos *x* negativos (los rojos) que expresan la mayor intensidad de la participación regulatoria y empresarial del estado, que también podemos traducirla en una menor libertad económica. Vista así las cosas, cuanto más a la derecha en la línea horizontal (los puntos *x* positivos) más libertad económica; y cuanto más a la izquierda (los puntos *x* negativos) menos libertad económica. La línea o eje vertical, por su parte, que exprese el nivel de aceptación por las libertades políticas y civiles. Así, la parte superior de la línea vertical (los puntos *y* positivos, que también sean azules), o sea del centro para arriba, que refleje la aceptación por las libertades políticas y civiles, en el sentido de que cuanto más hacia arriba mayor la aceptación por tales libertades. Por el contrario, que la parte inferior de la línea vertical (los puntos *y* negativos, de color rojo), que va del centro para abajo, evidencie el nivel de oposición hacia las libertades políticas y civiles, de modo que cuanto más hacia abajo mayor la oposición hacia tales libertades. En este plano cartesiano hay cuatro cuadrantes: el superior derecho, el superior izquierdo, el inferior derecho y el inferior izquierdo.

—¡Ya entendí! En el cuadrante superior derecho están aquellos a favor de mayor libertad económica (menos regulación y actividad empresarial del estado) y con mayor aceptación a las libertades políticas y civiles. En el cuadrante superior izquierdo están los que si bien creen en una mayor regulación y actividad empresarial estatal (menos libertad económica), están a favor de las libertades políticas y civiles. En el cuadrante inferior derecho están a favor

de mayor libertad económica, pero en contra de las libertades políticas y civiles. Y en el cuadrante inferior izquierdo lo que están en contra de todas las libertades. «¿Quién en su sano juicio puede estar en contra de todas las libertades?» «¿Quién quiere ser esclavo del estado?»

—Bien, pero recuerda que es un tema de intensidades. Cuanto más vas hacia un lado, derecha, izquierda, arriba o abajo, se incrementa o disminuye, según cada caso, la defensa de una determinada libertad. Imagina un libertario que cree de manera absoluta en todas las libertades. Él estará en el cuadrante superior derecho, alejado del centro y en un punto equidistante entre el eje horizontal y el eje vertical. Ahora imagina alguien que cree con vehemencia en la libertad económica, pero solo acepta una que otra libertad política. Su ubicación será diferente. Estará en el cuadrante superior derecho, alejado del centro, pero cercano a la línea horizontal. En cambio, si fuera un defensor a ultranza de las libertades políticas y civiles, pero un promotor tímido de la libertad económica, estará en el cuadrante superior derecho, alejado del centro pero cercano al eje vertical.

—Entiendo. Déjame dar otro ejemplo. Si alguien cree a ultranza en las libertades políticas y civiles, pero cree que el estado debe tener un rol regulador y empresarial un poco mayor al vigente estará en el cuadrante superior izquierdo, alejado del centro pero cercano a la línea vertical.

—Sí.

—Y un comunista contrario a todas las libertades estará en el cuadrante inferior izquierdo, muy alejado del centro y en un lugar intermedio entre las líneas vertical y horizontal.

—¡Muy bien! Como todos piensan diferente, las intensidades varían. La ideología que profesan ubica a las personas en puntos diferentes dentro de los cuadrantes. Es normal que alguien esté a favor de una libertad pero en contra de otra. Mucha gente joven de izquierda, que se considera progresista, está a favor del matri-

monio igualitario (libertad civil), pero exige una mayor regulación estatal (menos libertad económica) en los temas ambientales. ¿Dónde los ubicas?

—En el cuadrante superior izquierdo.

—Correcto.

—El plano cartesiano, donde hay izquierda derecha, arriba y abajo, explica mejor la diferenciación política de la simple dicotomía izquierda y derecha.

—En principio, sí, pero tengo que precisarte algo. Para facilitar la explicación metí en un mismo saco a las libertades políticas con las civiles. Sin embargo, para muchas personas son cosas completamente diferentes, de modo que pueden estar a favor de unas pero en contra de otras. Por ejemplo, muchas personas están a favor del matrimonio entre homosexuales (libertad civil) pero en contra del voto voluntario (libertad política).

—¿Qué me vas a proponer, un plano cartesiano tridimensional que diferencie los tres tipos de libertades?

—No. Sería muy complicado. En esta conversación no puedo ir más allá del plano cartesiano. Posiblemente si supiera programar podría diseñar un esquema como el que mencionas. Por ahora confórmate con el plano cartesiano bidimensional.

—De acuerdo, ja, ja, ja...

—Lo que importa es que podemos diferenciar la ideología de las personas, en lugar de simplemente izquierda y derecha, por las libertades que defienden, y dependiendo de esto se pueden lograr más o menores consensos. Por ejemplo, asumamos que Fulano está a favor de mayores libertades políticas (voto voluntario, ser elegido independientemente de tu lugar de domicilio, etc.), cauto con respecto a las libertades civiles (a favor del matrimonio igualitario, pero en contra del aborto y de la legalización de la

comercialización de las drogas) y moderado en cuanto a la libertad económica (considera que el estado sí debe regular cuando hay fallas del mercado). Fulano bien puede conversar y ponerse de acuerdo con Mengano, quien está a favor de ciertas libertades políticas (voto voluntario y ser elegido independientemente de tu lugar de domicilio), más agresivo con las libertades civiles (a favor del matrimonio igualitario, a favor de la legalización únicamente de la comercialización de la marihuana y en contra del aborto) e igual de moderado que el anterior con relación a la libertad económica. Fulano y Mengano no piensan exactamente igual, pero tienen ciertas afinidades en cuanto a las libertades que defienden, lo que permite que pueden ponerse de acuerdo, si es que son capaces de ceder un poco en sus posiciones.

—Lo que planteas es que la búsqueda de acuerdos se haga a partir de las libertades que defienden las personas.

—¡Exactamente! Ahora piensa nuevamente en el plano cartesiano (bidimensional), y olvida por un momento la diferencia entre las libertades políticas y civiles. Dibuja un círculo cuyo centro es el centro del plano cartesiano. Piensa en el radio del círculo. Cuanto más grande el radio, el círculo ocupará una mayor extensión dentro del plano cartesiano. ¿Lo tienes?

—Sí, lo tengo. Si hubiera sabido que íbamos a tener esta conversación, habría traído una pizarra.

—La mente es más amplia que una pizarra. El círculo puedes dividirlo, al igual que el plano cartesiano, en cuatro cuadrantes, utilizando los ejes horizontal y vertical.

—En la pizarra que hay en mi mente visualizo un círculo cuyo centro es el centro del plano cartesiano. No me mires así —dijo mientras observaba la cara burlona de su interlocutor—. Estoy viendo —continuó mientras sonreía y cerraba los ojos— los dos ejes del plano cartesiano que se cortan en el centro, que a su vez es el centro del círculo. La circunferencia ocupa aproximadamente la mitad del plano cartesiano. El círculo está dividido, como una pizza, en cuatro cuadrantes: superior derecha, superior izquierda, inferior

derecha e inferior izquierda. Como es obvio, cada cuadrante es un cuarto de círculo.

—No quiero que imagines un círculo grande, sino un pequeño.

—¿Por qué uno pequeño?

—Porque cuanto más pequeño es el círculo, más cercana son las posiciones de las personas ubicadas en los cuatro cuadrantes. Si el círculo es pequeño, las posiciones son, por decirlo de alguna manera, moderadas. Defienden las libertades, pero no a ultranza. Defienden el rol regulador y empresarial del estado, pero con reservas. En este círculo pequeño, está el conjunto de personas que, conscientes o no, conforman un espacio cercano el centro político.

—¡El centro político!

—El centro político. No es el cielo ni el infierno, es el limbo. El centro político es el lugar favorito de los políticos. Piensan que van a ganar una elección si son identificados como de centro. Asumen que los de la derecha no van a votar por los de la izquierda ni éstos por los anteriores, pero que ambos pueden votar por el centro. En política es el mal menor. Para la derecha, la izquierda es el mal mayor y el centro el mal menor. Para la izquierda, el mal mayor la derecha, el mal menor el centro. Además, desde el centro puedes eludir los temas más peliagudos. ¿Estás de acuerdo con el aborto? Defiendo tanto la vida del concebido como la libertad de la madre. ¿Estás de acuerdo con el matrimonio homosexual? Defiendo los valores cristianos y también los derechos de las minorías. ¿Estás de acuerdo con el voto voluntario? Votar es un deber cívico pero también una libertad. ¿Estás de acuerdo con un sistema bicameral (cámara de diputados más cámara de senadores)? Dos cámaras aseguran una mayor reflexión en la aprobación de leyes pero no podemos desperdiciar los recursos en más congresistas.

—¡No tiene sentido! Dice una cosa y luego la contradice. El centro parece que no es lo uno ni lo otro, sino todo lo contrario.

—Ja, ja, ja...—No pudo contener la risa— ¡Tienes razón! El centro es un engaña muchachos. Quiere quedar bien con todos, por lo que le da la razón a todos. Las propuestas de centro son ininteligibles. Ofrece construir carreteras y bajar los impuestos, y claro, no te explica cómo va a construir carreteras con menos recursos públicos. El centro le ofrece a los jóvenes más puestos de trabajo y a los sindicatos estabilidad laboral, lo que es un contrasentido. Pero el centro es así. No sólo eso. Es anodino, incapaz de tomar acción, incapaz de revolucionar. El centro es el lugar ideal para dar trabajo a burócratas que tienen miedo de todo. Al centro le gusta las mesas de trabajo, el debate, la consulta, el pedido de informes, el planeamiento, y luego más debate, más consulta, más informes y la reformulación del planeamiento, y para tener certeza absoluta de que nadie pierde y todos ganan, un poco más de debate, una última consulta, los informes finales y el planeamiento acabado, y justo cuando hay que ejecutar, cuando hay que tomar acción, se acabó el tiempo, terminó el periodo, viene un nuevo alcalde, un nuevo director, un nuevo ministro, y a empezar nuevamente todo, mesa de trabajo, consulta...

—¡Dios mío! ¿Qué propones entonces?

—El cuadrante que defiende libertades. El pequeño cuadrante superior derecho. El cuadrante es pequeño porque el círculo es pequeño. Si el cuadrante fuera grande, las posiciones a ultranza espantarían a los votantes. El político tiene que ser pragmático. El cuadrante superior derecho es el elegido, pero tiene que ser pequeño. Esto significa defender las libertades, pero sin posiciones extremas. Creo que allí radica la oportunidad del consenso. Además, ese cuadrante puede albergar sin problema alguno la noción de "economía social de mercado", que es el sistema económico reconocido en la constitución anterior, en la vigente y si en el futuro hay una nueva constitución, estoy seguro que va a decir lo mismo.

—Me estás diciendo que podemos hablar de economía social de mercado en el pequeño cuadrante superior derecho.

—Sí, pero con una precisión.

—¡Ya lo sabía, siempre hay una precisión!

—La economía social de mercado la puedes subdividir en dos versiones: el estado del bienestar y el estado subsidiario.

2. EL ESTADO SUBSIDIARIO

El hijo tenía los conceptos más claros, especialmente donde ubicar el pensamiento de su padre: el cuadrante superior derecho. Ahora venía un asunto más complicado, diferenciar al estado subsidiario del estado del bienestar. El padre inició la conversación.

—La economía social de mercado la puedes subdividir en dos versiones: el estado del bienestar y el estado subsidiario.

—¿Cuál es la diferencia?

—En el de bienestar el estado está autorizado a crear empresas públicas por razones de "interés social", y también por este interés puede expropiar, controlar precios y extender el manto de su regulación. No sólo eso. Dicho interés puede resultar suficiente para planificar (que es más que regular) la actividad económica de los privados.

—¿Y qué exactamente es ese interés social?

—Buena pregunta, difícil respuesta. Teóricamente es aquello que beneficia a todos. En la práctica es lo que el político "cree" que beneficia a todos. En realidad es lo que al político le conviene, por ejemplo porque le podría conceder más votos. Si quiere congraciarse con sus votantes podría proponer que la población merece transportarse de manera más rápida, cómoda y barata y que por tanto deben crearse empresas estatales para prestar los servicios de transporte marítimo, fluvial, aéreo y terrestre por carretera y vías férreas. Y claro, es de interés social que el transporte sea más rápido, cómodo y barato. También podría sugerir que la población tiene derecho a comer pan, leche, arroz y azúcar a un menor precio y en consecuencia que el gobierno debe establecer un control de precios a los productos de primera necesidad. Sólo bastaría decir que es de "interés social". Es la palabra mágica.

—¿Cuál es el límite?

—En el estado del bienestar el límite no es claro. El estado podría ser dueño de cines, restaurantes, peluquerías, equipos de fútbol.

—¿Y en el estado subsidiario?

—Empecemos por entender el concepto de "subsidiario". Algo es subsidiario cuando respalda otra cosa que es lo principal. Ese algo que es subsidiario tiene por objeto apoyar lo principal. Lo principal es que la economía está en manos de los ciudadanos, el mercado le pertenece a los privados; sin embargo, no puedes dejar al mercado en manos únicamente de los particulares, pues algunos empresarios podrían abusar de (o engañar a) otros empresarios o de los consumidores, o la negligencia de unos podría dañar la vida, salud o los bienes de terceros, por lo que es necesario el respaldo del estado, su intervención como autoridad para evitar abusos, engaños, accidentes y daños en general. Esa intervención del estado como autoridad se llama regulación. El estado regula las actividades económica para evitar daños y otras situaciones perjudiciales. Pero además de actuar como autoridad, el estado suele ofrecer (ofertar) al mercado bienes o servicios, esto es, actúa como empresario, caso en el cual lo subsidiario significa que el estado actúa en respaldo de la iniciativa privada o en defecto de esta; es decir, si el sector privado no puede realizar algo, o lo hace defectuosa o insuficientemente, entonces ese algo lo hace el estado como respaldo y para beneficio de la población desatendida por el sector privado.

—Con lo que me explicas no logro entender la diferencia entre estado del bienestar y subsidiario. Me queda claro que el de bienestar puede actuar casi sin límites, o que su límite es esa noción gaseosa de "interés social", por lo que al ser tan etéreo no queda claro cuáles son sus límites.

—En el estado subsidiario el contorno de los límites es más claro. El estado puede expropiar pero solo por razones de seguridad nacional o necesidad pública, como para construir una carretera o un puente. Puede realizar actividad empresarial pero solo si el mercado no es capaz de proveer determinado bien o servicio, o pudiendo

hacerlo hay segmentos de la población que no pueden acceder a la oferta privada de dicho bien o servicio. Bajo el rol subsidiario del estado, este tiene el deber de proveer servicios de educación (escolar y universitaria) y salud de calidad a las personas que no pueden pagar o tienen dificultades para pagar las pensiones de los colegios y universidades privadas y los precios de las clínicas particulares.

—¿Un estado subsidiario puede proveer carreteras?

—Por supuesto, y también puertos, aeropuertos, vía férreas y redes de energía (electricidad, gas natural), de servicios de saneamiento (agua potable y alcantarillado) y de telecomunicaciones (telefonía, internet). El esquema es sencillo. Si el mercado pertinente (o relevante) es rentable, es decir, hay más de un empresario dispuesto a proveer el servicio o infraestructura, el gobierno, previo concurso público abierto y transparente, adjudicará la concesión al empresario que ofrezca la mejor combinación en cuanto a precio, cobertura y calidad. Dado que la concesión es temporal, cuando esta termine se hace un nuevo concurso público. Así el estado puede asegurar la provisión de servicios e infraestructura de carácter público sin tener que gastar recursos públicos, lo que permite ahorrar para brindar los otros servicios que la sociedad requiere, como educación y salud que hace un momento mencioné, así como justicia y los de carácter asistencial, como las beneficencias públicas para dar cobijo y alimentación a los que nada tienen.

—¿Y si el mercado pertinente no es rentable? Pensemos en una carretera que une a dos pueblos pequeños y como tiene poco tráfico vehicular ningún privado estaría dispuesto a asumir una concesión en ese lugar.

—Si el mercado relevante no es rentable el estado puede utilizar otras formas de asociación público privada (APP). Puede otorgar la concesión para la construcción y mantenimiento de una carretera mediante un concurso público por el menor subsidio. Asumamos que el costo de construir (o ampliar) y mantener una carretera por 10 años es, en principio, diez millones de unidades, pero hay escaso tráfico vehicular y los pocos que circulan son personas de mínimos recursos. En un escenario así no funcionaría una

concesión autofinanciada, pero sí una financiada por el estado pero operada por un privado. Bajo un concurso por el menor subsidio, la idea sería adjudicar la concesión al empresario que, al menor costo posible, puede construir y mantener la susodicha carretera por 10 años. Imaginemos que un postor ofrece nueve millones y otro ocho. Se le adjudicaría la concesión a este último. El estado estaría asegurando la provisión de la infraestructura (la carretera), pero no de manera directa sino a través de la iniciativa privada (el concesionario), y ahorrando dos millones, que los puede destinar para otras necesidades de la población. Este esquema lo puedes utilizar para proveer puertos, aeropuertos, líneas de transmisión eléctrica, el suministro de agua potable y, también, para la administración de universidades y hospitales públicos.

—En un estado subsidiario el estado no desatiende las necesidades públicas, solo que busca que dichas necesidades sean colmadas al menor costo posible a través del sector privado.

—En un estado subsidiario toda actuación, intervención o medida del estado debe tener más beneficios que costos. Asegurar la provisión del servicio público, asegurar su cobertura y calidad, pero al menor costo posible. Pongamos el caso de una universidad pública. Para empezar el estado debe garantizar que la universidad funcione, pero que funcione bien, que tenga bibliotecas, computadoras, pizarras, laboratorios, buenos profesores, etc. Dicha universidad puede ser gestionada por el propio estado o por un privado. El hecho de que la administración sea privada no significa que la universidad deje de ser pública. Es pública porque le pertenece al estado y porque su finalidad es que estudien en ella los que no tienen recursos para pagar una educación privada. Si es más eficiente la gestión (administración) pública que la privada, se optará por lo primero. Pero si el estudio arroja lo contrario, lo correcto sería un concurso público para que una persona jurídica, al menor costo posible, administre la universidad pública asegurando que el servicio sea de calidad, tal como lo merecen los ciudadanos. Empresas o asociaciones que ya administran otras universidades tendrían el perfil para postular al concurso público. Nota que el gasto a fin de cuentas viene del estado, solo que la gestión se encarga al sector privado. Si este falla, si lo hace

mal, se revoca la concesión (o el título habilitante que se use) y regresa la administración al estado o se hace un nuevo concurso público. Pero incluso puede haber otra opción. Recuerda que el objetivo es que los ciudadanos tengan acceso a una educación pública de calidad, por lo que no necesariamente el estado tiene que implementar una universidad. Puede otorgar becas, si es que esta opción es más eficiente. Dado que ya existen universidades privadas, algunas de ellas con mucho prestigio debido a la buena calidad de su servicio, podría ser mejor que cada año el estado otorgue becas completas (alimentación, vivienda y el pago de las pensiones) a los alumnos con mejores notas provenientes de los colegios estatales. La ventaja de este sistema no solo es el ahorro en construir o mantener una universidad pública, sino que los estudiantes de menores recursos tienen la oportunidad de recibir esa educación de calidad provista por las universidades de mayor prestigio. Todos ganan. Las universidades con mayor reputación son premiadas con la asignación de becarios, que significa ingresos para ellos, y los mejores alumnos de los colegios públicos son premiados por su esfuerzo.

—Lo importante es que los ciudadanos tengan acceso a una educación pública de calidad, lo que es deber del estado, e independientemente de si la gestión del servicio lo hace el estado o el sector privado, el que lo haga mejor.

—¡Exactamente! De eso trata el principio de subsidiariedad, que el sector privado haga aquello que lo puede hacer de manera más óptima que el estado, porque si no lo puede hacer mejor, que el estado siga a cargo del servicio.

—En un estado subsidiario sí hay justicia social.

—¡Así es! Un estado subsidiario implica una adecuada combinación de los principios de subsidiariedad y solidaridad. Lo importante es tener claro los límites. Si el mercado y la competencia son capaces de proveer el servicio de manera eficiente (calidad y cobertura), no hace falta que el estado intervenga. Si el sector privado no tiene interés porque el mercado no es rentable, el estado debe hacerse cargo, y como vimos no necesariamente de manera directa, sino

que puede encargarle el asunto, vía concurso público, a un privado. Ello, sin perjuicio del rol regulador del estado para evitar los abusos que los privados pueden efectuar en perjuicio de otros privados. El estado tiene la autoridad (su poder de imperio) para asegurar que en los mercados haya competencia, que se respeten los derechos de los usuarios y consumidores y, además, regular toda aquella situación con el objetivo de evitar abusos, engaños, estafas, accidentes, enfermedades y daños en general.

—Como declarar estados de emergencia para combatir una pandemia como la que nos aflige.

—En efecto, estamos en cuarentena porque el gobierno, ante una situación excepcional y de emergencia, ha recortado unas cuantas libertades para salvar la vida de toda la población. Es más beneficioso para todos permanecer dentro de nuestras casas que asumir el costo de sufrir los efectos de un contagio masivo que mate a miles o decenas de miles de personas.

—¿En un estado subsidiario se puede limitar la libertad de empresa?

—Sí, pero no por una idea vaga de lo que significa "interés social", sino ante una situación de extrema gravedad (la muerte inminente de decenas o centenas de miles de personas) que justifique la declaración de estado de emergencia, situación en la cual el estado podría, por ejemplo, obligar a las empresas a fabricar mascarillas, respiradores artificiales, alcohol en gel, vacunas, etc., pagando el precio correspondiente.

—Un estado subsidiario respeta en mayor medida las libertades económicas que un estado del bienestar, sin que ello signifique desamparar a la población frente a amenazas graves como una pandemia. Un estado subsidiario encaja en el pequeño cuadrante superior derecho.

—Lo has entendido —le respondió sonriendo.

CONCLUSIONES

Para fines metodológicos hemos dividido las libertades individuales en económicas, políticas y civiles. No hay consenso en la defensa de tales libertades. Hay desde quienes defienden todas ellas, los libertarios, hasta los que las niegan por completo, los comunistas totalitarios. Entre uno y otro extremo hay diferentes posiciones divergentes y convergentes que no pueden ser ubicadas de manera coherente bajo la clásica división derecha e izquierda, por lo que en su lugar se postula un plano cartesiano que acoge en sus cuadrantes, y en diferentes posiciones de cada cuadrante [más cerca o lejos del centro y de los ejes de las abscisas (donde están los puntos *x*) y de las ordenadas (donde están los puntos *y*)] una multiplicidad de posibilidades sobre la base de considerar en el eje horizontal (de las abscisas) la defensa (a la derecha del centro) o rechazo (a la izquierda del centro) de las libertades económicas (el derecho de propiedad, la libertad de contratación, la libre iniciativa privada, la libre competencia y la libertad de empresa) y en el eje vertical (de las ordenadas) la aceptación (arriba del centro) o negación (abajo del centro) de las libertades políticas (por ejemplo el voto voluntario) y civiles (el matrimonio igualitario, el aborto legal, el estado laico, entre otros).

Habrá quienes defienden las libertades económicas pero solo algunas de las políticas y civiles. Otros rechazarán las libertades civiles (especialmente las más controversiales que polarizan a la sociedad) pero podrían ser conservadores con las libertades económicas (aceptar una intervención moderada del estado como regulador y empresario). Un sector podría mostrarse opuesto a las libertades económicas (exigiendo por tanto una mayor intervención del estado en la economía) pero ser paladín de las libertades civiles. Y así dependiendo de las libertades que la persona apoya o desestima será ubicada no solo en un cuadrante en particular, sino en un lugar dentro de ese cuadrante: más cercano o alejado del centro, más próximo a la línea vertical o a la horizontal. Así por ejemplo, un libertario que cree de manera absoluta en todas las libertades estará en el cuadrante superior derecho, alejado del centro y en un punto equidistante entre el eje horizontal y el vertical. En cambio, un comunista totalitario que rechaza todas

las libertades estará en el lado opuesto, en el cuadrante inferior izquierdo, muy alejado del centro y en un lugar intermedio entre las líneas vertical y horizontal.

Un segundo tema abordado en el presente documento es la diferencia entre estado del bienestar y estado subsidiario, dos expresiones de lo que se conoce como economía social de mercado. El estado del bienestar se caracteriza por una intervención dilatada del estado como regulador (y hasta planificador) y una participación extendida como empresario. La creación de empresas estatales se sustenta en el "interés social", un concepto tan amplio, ambiguo y etéreo que origina que los límites de la actividad empresarial del estado no estén bien delimitados, pudiendo participar prácticamente en cualquier actividad, independientemente de las condiciones de competencia del mercado de que se trate. En cambio, en el estado subsidiario la regulación se implementa para corregir las fallas del mercado (externalidades, bienes públicos, poder de mercado, etc.) y siempre que sus beneficios sean mayores a sus costos. Asimismo, en este modelo la actividad empresarial del estado está sujeta al principio de subsidiariedad, según el cual el estado está autorizado a ofrecer al mercado determinados bienes o servicios siempre y cuando no haya oferta privada capaz de proveer tales bienes o servicios, o habiéndola, haya segmentos de la población que carecen de los recursos para acceder a la oferta privada. En el estado subsidiario se complementan de modo armónico los principios de libertad y solidaridad. Entendido así el estado subsidiario, este modelo respeta en mayor medida las libertades económicas sin descuidar el rol promotor y solidario del estado que, sobre la base de garantizar la justicia social, atiende las necesidades de la población con menos recursos.

A través del diálogo ficticio entre un hijo y su padre, las dudas y preguntas del primero y las respuestas del segundo, el lector se inmiscuye en la conversación familiar y descubre paso a paso la importancia de buscar consensos a partir de la defensa de las libertades y de la necesidad de que la intervención del estado en la economía tenga límites bien definidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Hayek, F. A. (2008). *Camino de servidumbre: Textos y documentos*, España – Madrid: Biblioteca de la Libertad - Unión Editorial S.A.

Smith, A. (1996). *La riqueza de las naciones*, España – Madrid: El Libro de Bolsillo - Alianza Editorial, S.A.

Vargas Llosa, M. (2018). *La llamada de la tribu*, primera edición, Perú – Lima: Alfaguara – Penguin Random House Grupo Editorial S.A., Lima.

von Mises, L. (2018): *La acción humana – Tratado de Economía* (Estudio Preliminar de Jesús Huerta Soto), duodécima edición, España – Madrid: Unión Editorial, S.A.

Recibido: 29/03/2020

Aprobado: 12/06/2020

Hugo Ramiro Gómez Apac: Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Correo electrónico: hugo_gomez_apac@yahoo.com

Ciudad: Lima

País: Perú

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.253

Extradición de Rafael Correa vs asilo en Bélgica

Extradition of Rafael Correa vs asylum in Belgium

Iván Rodrigo Ávalos Barreno
Investigador jurídico independiente
Socio del Estudio Jurídico Montero Riofrío.
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Articulo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 158-178, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El trabajo analiza a la figura de la extradición y el asilo, a la luz del derecho internacional, conjuntamente con la posibilidad de que estas sean aplicadas en contra o a favor del expresidente del Ecuador Rafael Correa; utilizando para ello el método teórico de deducción al partir de los principios normativos de ambas figuras para aplicarlos teóricamente en el caso de Correa. La extradición es abordada en un primer apartado para luego continuar con los requisitos que el Ecuador debe tomar en cuenta para solicitarla, a continuación se intenta dar respuesta a la pregunta ¿Es requisito *sine qua non* la existencia de un convenio internacional entre el país requirente y el país requerido para aplicar la extradición?, el siguiente apartado trata sobre el principio de no intervención, posteriormente el asilo y la posibilidad de que Correa se beneficie del mismo así como los dictámenes de ACNUR son expuestos, para por ultimo realizar un cuadro comparativo entre la extradición y el asilo. El artículo concluye en que son más los fundamentos técnico-jurídicos en pos de que Correa obtenga el asilo en Bélgica, evadiendo así la extradición.

PALABRAS CLAVE: soberanía, refugio, Estado, extradición, asilo.

ABSTRACT: This paper analyzes the figure of extradition and asylum, through international law, together with the possibility that they may be applied in favor or against the former president

of Ecuador Rafael Correa; using for this the theoretical deduction method based on the normative principles of both figures to apply then theoretically in the case of Correa. The extradition is analyzed in the first chapter and then continues with the requirements that Ecuador needs to request it, next the question ¿ the existence of an international agreement between the requesting country and the required country to apply the extradition is a sine qua non-requirement? Is try to answer, the next chapter deals with the principle of non-intervention, subsequently, the asylum and the possibility that Correa would benefit for it and the ACNUR's opinions are exposed, for finally make a comparative table between extradition and asylum. The article concludes that there are more technicallegal foundations for Correa to obtain asylum in Belgium, thus avoiding the extradition.

KEY WORDS: sovereignty, asylum, State, an international treaty.

INTRODUCCION

Rafael Correa Delgado estuvo a la cabeza del país por diez años consecutivos, tiempo en el cual efectuó varios cambios sustanciales; cambios que afectaron a ciertos grupos sociales y beneficiaron a otros. En su trayectoria política al mando del Ecuador dividió por completo a los habitantes del país, por un lado se encuentran aquellos quienes piensan que tanto Correa como el movimiento alianza país han sido la mejor expresión de democracia y buen gobierno, mientras que en el otro costado están los que afirman haber soportado al peor gobierno de la historia.

De una u otra forma Rafael Correa a pesar de haber culminado con su periodo presidencial, sigue siendo el protagonista principal de varios noticieros a nivel nacional como internacional, sobre todo por los supuestos actos de corrupción cometidos, los cuales perjudican tanto su pasado político como el del movimiento del cual fue parte.

Los supuestos actos de corrupción efectuados bajo el

liderato de Correa, salen a la luz en la actualidad debido a que existen serios indicios los cuales permiten tener la certeza de que en el periodo presidencial de Rafael, tanto fiscales como jueces e incluso la contraloría, formaban parte de su red de corrupción, por lo que coadyuvaban a blindar sus artimañas; motivo por el cual se han designado a nuevas autoridades.

En este sentido la nueva Fiscal General del Ecuador, Diana Salazar, a investigado tanto a Rafael Correa como a varias otras personas afines a su partido político por el delito de cohecho, investigación que ha logrado encontrar los suficientes elementos por medio de los cuales el tribunal ha encontrado a Correa culpable del delito, imponiéndole la pena privativa de libertad de 8 años. Dicha sentencia aun es recurrible, por lo tanto no causa cosa juzgada, de manera que solicitar al momento la extradición de Correa seria contrario a derecho, pero para los efectos de este análisis se supondrá que a pesar de los recursos que se presenten en contra de dicha sentencia, el fallo no cambiara y por lo tanto se solicitara la extradición de Rafael Correa.

El cumplimiento de la pena privativa de libertad en contra de Correa se vuelve difícil de concretar debido a que el expresidente actualmente reside en Bélgica, país al que decidió trasladar su residencia después de culminar con su último periodo presidencial.

En virtud de ello existen dos claras posibilidades; la primera de ellas es que Ecuador efectué la debida solicitud a la Interpol por parte de la Corte Nacional de Justicia, de manera que esta institución internacional capture al ex mandatario para así poder continuar con el trámite de su extradición al país; mientras que la segunda posibilidad es que Correa solicite asilo en Bélgica. Estas posibilidades son excluyentes una de otra.

El asilo y la extradición son instituciones propias del derecho internacional; las cuales serán delicadamente tratadas y estudiadas tanto por parte del Estado ecuatoriano así como por los asesores jurídicos de Correa en pos de aplicar una u otra. En el caso de que se aplicara la extradición el efecto inmediato que produciría es el retorno de Correa al Ecuador para que enfrente la justicia, mientras que por el contrario de aplicarse el

asilo Correa se beneficiaria de la protección belga y evadiría el cumplimiento de la sentencia.

El ensayo en cuestión analizara en un primer capítulo la figura de la extradición a la luz del derecho internacional privado, definiendo sus características elementales, así como la posibilidad de que sea aplicada en contra de Correa; un segundo capítulo tratara sobre el asilo, sus implicaciones, características, y lo que podría pasar en el eventual caso de que Correa lo solicite a Bélgica; el tercer capítulo pondrá en una balanza al refugio en un costado y la extradición en el otro con el fin de evaluar cuál de estas posibilidades es la más viable.

1. LA FIGURA DE LA EXTRADICIÓN

Según Mansilla y Mejía en su estudio se afirma que, la extradición es la institución jurídica que tiene por objeto la colaboración entre los Estados para evitar que un delincuente o presunto delincuente se sustraiga a un juicio o al cumplimiento de una sentencia (citado en Mansilla, 2017).

Para Mansilla (2017), la extradición es la institución internacional implementada entre Estados gracias a la celebración de un tratado para lograr la colaboración en la entrega de un procesado o presunto delincuente, con el fin de evitar la impunidad.

García Barroso sostiene que, por extradición se entiende toda entrega que un Estado soberano efectúa a otro, previa solicitud de este último, de una persona que se encuentra en el Estado requerido, para que pueda ser juzgada, o que habiendo ya sido declarada culpable dentro del territorio del Estado requirente, se le haga cumplir la pena impuesta. (Citado en Álvarez, 2015)

De estos conceptos previamente citados se puede colegir que la figura de la extradición pretende que los límites fronterizos entre diversos Estados no se conviertan en un restrictivo para que la justicia siga su curso; es decir esta figura del derecho internacional actúa cuando un presunto delincuente ha salido por diversas razones del país en el que está siendo

investigado.

Para Gómez-Robledo (2000)

Históricamente, el derecho internacional desarrollo la institución de la "extradición" principalmente para resolver la serie de problemas que se generan cuando un presunto delincuente se refugia en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o ya sea que este imposibilitado para procesarlo porque los medios de prueba se encuentran fuera del país. Un Estado procede entonces a la extradición de una persona para que esta pueda ser juzgada por el país que lo requiere por supuestos delitos cometidos en contravención de su orden jurídico (p. 15).

El principio rector fundamental que sirve de base para que la extradición opere es principalmente la cooperación internacional[1], en cuanto que los Estados que respetan su normativa interna así como la legislación internacional, se vean en la necesidad de colaborar entre sí para llegar a alcanzar la justicia.

Para poder comprender a la extradición es necesario remitirse, por lo menos de forma general, inicialmente a los elementos que conforman un Estado[2]; estos son: el territorio, la población, el gobierno, la soberanía y el reconocimiento internacional. A efectos del trabajo propuesto se hará referencia a los dos últimos elementos.

La soberanía como elemento componente del Estado hace referencia a aquel poder, el cual faculta a su titular para que pueda tomar decisiones de manera independiente, sin que influyan factores externos ajenos a su voluntad, con la posibilidad de que de manera unilateral logre imponer su resolución; "es así que el primer atributo de la soberanía es la

1 La colaboración internacional en el tema que nos ocupa supone el apoyo entre diversos Estados para que el derecho logre llegar a su fin principal que es la consecución de la justicia.

2 Se habla de manera muy escueta de los elementos que conforman el Estado debido a que así se va a comprender de mejor manera a la extradición, sobre todo con la delimitación del elemento soberanía.

supremacía del poder" (Aguilar, 2014, p. 69). Esta soberanía evidentemente no es ilimitada, tiene que apegarse a los límites que le son impuestos por el derecho.

Para Brey y Lozano (2017)

El soberano es el que tiene el poder para decidir sobre la Constitución. Se mantiene, por tanto, la idea originaria de que el titular de la soberanía detenta el poder supremo del Estado, pero este poder no actúa ya de una manera absoluta o sin límites, precisamente porque lo que se pretende es que el poder del Estado se someta al Derecho (p.18).

Una vez que todos los elementos constitutivos del Estado se fusionan es necesario que haga su aparición el último de los elementos, este es el reconocimiento internacional[3] el cual conlleva a que los diversos Estados alrededor del mundo tengan la certeza de que deben respetar las decisiones y reconocer como tal a un Estado.

Ambos elementos descritos de manera escueta se relacionan con el derecho internacional privado, y sobre todo con la posible extradición de Rafael Correa en cuanto que mediante la soberanía Ecuador ha decidido dictar prisión preventiva en su contra, sin que sea de relevancia la opinión de los demás países, incluso el país belga en donde reside en la actualidad el expresidente; mientras que mediante el elemento de reconocimiento internacional es necesario que Bélgica acepte como válida esta decisión.

Los efectos inmediatos que produce la extradición, una vez que sea debidamente solicitado por el país requirente, son principalmente:

- Brindar eficacia al derecho penal, coadyuvando a que se continúe con el proceso establecido por el país requirente

3 Varios son los autores quienes escriben sobre los elementos del Estado, quienes si consideran al reconocimiento internacional como elemento conformante del Estado, esto debido a que un Estado puede reunir todos los elementos necesarios pero si no los demás Estados no lo reconocen o no lo consideran como tal no podría en realidad ser un Estado.

- Eliminar los límites fronterizos como un impedimento que obstaculiza el alcance de la justicia - Garantiza la seguridad jurídica.

1.2. Requisitos que debe tomar en cuenta el ecuador para solicitar la extradición

Después de un acercamiento general a lo que es la extradición es momento de analizar los requisitos que el país debe tomar en cuenta para hacer una solicitud formal en pos de solicitarla; analizando paralelamente si tales requisitos son cumplidos en el caso Rafael Correa Delgado. Estos requisitos son:

- La conducta por la cual ha sido sentenciada la persona sujeto de la extradición, o la conducta por la cual está siendo procesada, debe estar tipificada tanto en la legislación interna del país requirente así como en la legislación del país requerido.

Son varios los delitos por los cuales el expresidente Correa está siendo investigado, entre ellos el tráfico de influencias, y se ha obtenido ya una sentencia condenatoria en su contra por el delito de cohecho, delitos cuya conducta está tipificada en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. En el país Belga son también consideradas delito estas conductas, por lo cual el primer requisito estaría siendo cumplido.

- Es obligatorio que el Estado requirente demuestre motivada y justificadamente la causa por la cual está siendo procesado el sujeto, es decir exponga la existencia de una sentencia condenatoria en su contra, o la solicitud de prisión preventiva a luz de su legislación interna.

Recordemos que mientras la fiscalía realizaba su investigación, en el proceso por el cual actualmente Correa ha recibido una sentencia condenatoria, se creyó asistida de los suficientes elementos de convicción de manera que solicito la prisión preventiva para Rafael Correa, por lo tanto creemos que en este punto del trabajo es procedente tratar el tema.

Para que proceda la prisión preventiva como medida cautelar en el Ecuador, es necesario cumplir con los parámetros expuestos en el artículo 534 del COIP; los 2 primeros numerales de dicho articulado se refieren a la exposición de elementos de convicción, presentados por el fiscal hacia el juez, los cuales demuestren la existencia de un delito y la participación del procesado en el mismo; requisitos que fueron cumplidos de tal manera que el tribunal de la Corte Nacional de Justicia acepto dicha medida cautelar.

El tercer numeral del artículo 534 del COIP establece que deben existir "indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes…". (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.534 num.4). Debido a que el expresidente se encuentra fuera del país y sus posibilidades económicas son suficientes como para continuar con su residencia en Bélgica o incluso trasladarse a otro Estado, es necesario que la prisión preventiva sea aplicada, tomando en consideración que el procesado comparezca al proceso y cumpla la pena; por estas razones este requisito del numeral tercero se habría cumplido.

Los supuestos delitos cometidos por Correa según el COIP prevén una pena privativa de libertad de 1 a 3 años para el cohecho, de 3 a 5 años para la asociación ilícita y de 3 a 5 años también para el tráfico de influencias; lo cual se relaciona con el artículo 534 del mencionado cuerpo legal que establece los requisitos para que proceda la prisión preventiva, "…que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año". (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534 num. 4). Razón por la cual este requisito también estaría siendo cumplido.

A más de que, como se acaba de señalar, los requisitos en cuanto a la prisión preventiva serian cumplidos por el Estado ecuatoriano (cosa que actualmente deja de ser relevante en razón de que ya existe una sentencia condenatoria), la existencia de una sentencia también es ya una realidad, a pesar de que como ya se mencionó anteriormente dicha sentencia es recurrible.

-Es necesario que el Estado requirente tenga jurisdicción

para poder juzgar y ejecutar lo juzgado.

Con respecto este requisito es claro que los jueces de la Corte Nacional de Justicia tienen plena jurisdicción en materia penal, al ejercer su cargo de acuerdo al nombramiento legal pertinente. De igual forma los delitos supuestamente cometidos por Rafael Correa fueron ejecutados dentro del territorio nacional, razón por la cual su conocimiento corresponde a los jueces ecuatorianos. Este requisito estaría cumplido.

-Como último requisito se estipula la necesidad de que exista un convenio internacional de extradición entre el país requirente y el país requerido

1.2.1 ¿Es requisito *sine qua non* la existencia de un convenio internacional para aplicar extradición?

Este último especial requisito de la existencia de un convenio, el cual "es un compromiso internacional adquirido por los Estados" (Icaza y Lara, 2017, p.77) merece cierto análisis más amplio a diferencia de los demás requisitos previamente estipulados, debido a que surge un problema ya que existe una dicotomía en la doctrina. Varios son los expertos quienes aseguran que es necesario un convenio internacional entre el país requirente y el país requerido para que tenga lugar la extradición, mientras que otros tratadistas del derecho internacional aseguran que este convenio no es indispensable.

Según Pérez (2009), procede la petición de extradición únicamente cuando así lo determinan los tratados (ya sean bilaterales o multilaterales) existentes entre ambos países que forman parte de la extradición. Mientras que para Akehurst no existe en derecho positivo ninguna obligación de llevar a cabo la extradición a falta de un tratado. Sin embargo, un Estado puede llevar a cabo actos de extradición, sin que medie un tratado, es decir, no existe tampoco una norma internacional que prohíba a los Estados ejecutar extradiciones en ausencia de acuerdos formales. (Citado en Gómez-Robledo, 2000).

Los tratados internacionales son acuerdos celebrados entre dos o más Estados, o entre un Estado y una Organización Internacional, con el fin de asistirse mutuamente en cualquier

ámbito de relevancia para ambos; debe ceñirse a ciertas solemnidades sustanciales y está reglamentado por el derecho internacional[4].

En el caso de que si existiese un tratado o convenio internacional sobre extradición su procedimiento se tornaría mucho más ágil entre los países interesados; pero ¿Qué es lo que sucede cuando no existe un convenio internacional al respecto?

Para poder contestar la pregunta previamente planteada es necesario hacer remisión a uno de los principios fundamentales y básicos del derecho internacional en materia de extradición; este principio según Cañardo (2013) es el llamado *aut dedere aut punire,* lo que se traduce en o bien se castiga al sospechoso o bien se lo entrega para que sea castigado[5]. En este sentido el país requerido en caso de no entregar al sospechoso debería castigarlo a la luz de su propia legislación; cosa que es muy difícil ya que en ese país seguramente no se contara con las pruebas suficientes que permitan tener la certeza de que el sospecho cometió un delito ya que lo materializo en otro Estado, es por ello que lo mejor es entregarlo al país requirente.

Con el fin de entregar al sospechoso a pesar de la inexistencia de un tratado internacional entre los países interesados, es necesario que el país requerido observe otro de los principios del derecho internacional como es la cooperación entre Estados. Según este principio es fundamental que los países se asistan mutuamente en diversos ámbitos, inclusive en cuanto a la extradición. Es por ello que según mi personal entender no es un requisito *sine qua non* la existencia de un convenio internacional para la tramitación de la extradición.

De todas maneras si existe un convenio internacional entre Ecuador y Bélgica que abarca el tema de la extradición; este fue suscrito en 1887 y contempla la posibilidad de que se

4 Los tratados internacionales están reglamentados por el Derecho Internacional, pero también lo están por el Derecho Interno, esto en cuanto, específicamente en el caso de nuestro país, la Constitución establece la forma en que los Tratados Internacional serán ratificados para que rijan en el país.

5 Lo que busca el principio aut dedere aut punire es que las personas quienes han violentado la ley, o se sospecha que lo han hecho, sean ajusticiadas sin que los límites fronterizos se conviertan en barreras para que ello suceda.

extradite a un delincuente o presunto delincuente por varios delitos. Debido a la antigüedad del documento los delitos que en este se estipulan no responden a la actualidad social de ambos países, cosa que complicaría una posible extradición de Correa; pero como se acaba de afirmar en líneas precedentes un tratado internacional no es requisito indispensable en pos de esta figura del derecho internacional.

1.3. El principio de derecho internacional *non inquiry* o no intervención vs consideraciones del país requerido para aceptar la extradición.

Como ya se expuso anteriormente los requisitos a la luz del derecho internacional que son de necesario cumplimiento para que proceda la extradición en contra de Correa son cumplidos por el Estado ecuatoriano; pero según Cañardo (2013) la extradición puede no ser atendida por el país requerido cuando la persona a ser extraditada corra el peligro de sufrir un trato injusto o inhumano, debido sobre todo a que el sistema judicial del país requirente es corrupto o está motivado por la venganza.

En los últimos meses el Ecuador ha sido visto internacionalmente por medio de los diversos noticieros y otros medios de comunicación masiva como el internet, como un país con varios problemas de corrupción[6]; basta con recordar el reciente inconveniente que envolvió a gran parte de América Latina como fue la trama de sobornos de Odebretch, el famoso caso en el 2007 de los conocidos "Pativideos" en donde el ex ministro Ricardo Patiño aparecía maniatando la economía nacional, en el 2014 nuevamente Ricardo Patiño como canciller dejaba por los suelos al Ecuador a ojos del conglomerado internacional ya que en Italia se encontró un cargamento de droga en su valija diplomática; en el 2012 el Presidente del Banco Central admitía haber falsificado su título de economista y luego salió del país pare evitar dar cuentas a la justicia.

6 Inclusive la corrupción en el Ecuador no ha cesado a pesar de que el mundo entero lucha contra la pandemia del "coronavirus". Paul Granda delegado por el ejecutivo como titular del Consejo Directivo del IESS renunció a causa de los escándalos por sobre precio en la compra de varios artículos para enfrentar la grave situación de salud.

Son innumerables los casos como los previamente descritos los cuales ratifican que el Ecuador tiene serios problemas de corrupción, esto sobre todo debido a que la justicia parece no llegar, o en el mejor de los casos ser efímera para aquellos que violentan la ley de manera desvergonzada a vista y paciencia de los ciudadanos que poco o nada pueden hacer al respecto. La justicia actúa de tal manera que los implicados en inconvenientes legales, después de esquivar su castigo mediante la influencia de los amañados jueces y fiscales, vuelven a ocupar altos cargos en el Ecuador.

Por razones como las estipuladas tanto Bélgica como otros países alrededor del mundo, no estarían faltando a la verdad en el caso de considerar que el sistema judicial ecuatoriano es corrupto; además es claro evidenciar que el actual Presidente Lenin Moreno, así como sus aliados quienes anteriormente formaban un solo equipo con Rafael Correa, tienen una opinión que difiere en el tiempo, esto porque anteriormente afirmaban que Correa era un gran mandatario de manos limpias y que luchaba contra la corrupción, mientras que en la actualidad aseveran que Correa en su gobierno cometía un gran número de delitos[7]. Estas razones son suficientes para que el país belga niegue la extradición del expresidente Rafael Correa, asumiendo que el sistema judicial en el Ecuador no solamente es corrupto, sino que también es posible que este motivado por la búsqueda de la venganza en contra de Correa por parte de los actuales mandantes del país.

Frente a estas consideraciones que podría hacer Bélgica y así negar la extradición de Rafael Correa, se encuentra un principio de derecho internacional muy conocido, este es el principio *non inquiry* o de no intervención en los asuntos internos. Para poder esclarecer el significado de este principio es necesario dilucidar lo que se debe entender por intervención, según el tratadista Antonio Remiro Brotóns la intervención es el acto por el que un Estado se entromete mediante la autoridad en los asuntos que son de jurisdicción domestica de otro, imponiéndole un comportamiento determinado. (Citado en

7 Inclusive hoy Lenin Moreno en innumerables ocasiones señala a Rafael Correa como el máximo responsable de la crisis económica que enfrenta el país.

Bernal, 2010)

En este sentido el principio de no intervención supondría que ningún Estado puede tomarse la atribución de incidir directa o indirectamente en las decisiones de otro; esto debido a la soberanía y reconocimiento internacional como elementos esenciales en la conformación de un Estado, elementos a los que se hizo referencia en el capítulo inicial del presente trabajo. Este principio es de tal relevancia que ha sido consagrado en La Carta de Naciones Unidas (1945): "Ninguna disposición de esta Carta autorizara a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados (...)". (art. 2 num. 7)

De esta manera encontramos nuevamente una dicotomía, por un lado, el principio de no intervención el cual en caso de ser aplicado facilitaría la extradición de Correa ya que Bélgica no estaría facultado para hacer ningún tipo de juicio de valor ni consideración acerca de la forma en la que se desarrolla la justicia ecuatoriana, mientras que por otro el posible dictamen belga que no entregaría a Correa aduciendo que la justicia ecuatoriana es corrupta y únicamente busca la venganza en su contra.

Para poder esclarecer esta discordancia doctrinaria es necesario nuevamente utilizar un principio del derecho internacional, este es la cooperación entre Estados. Aplicando este fundamental principio Bélgica debería aceptar la extradición de Correa, tomando en cuenta que es posible que en algún momento el Estado ecuatoriano se convierta en el país requerido de una extracción cambiando así los roles.

Para Raúl Gutiérrez (2017)

Asimismo, se considera necesario que la cooperación internacional no debe entenderse como un sinónimo de intromisión a la soberanía internacional por parte de los Estados, sino como los ejercicios de colaboración regidos por el principio de "buena fe" entre los mismos, a efecto de garantizar un concierto internacional cuya piedra angular sea siempre y en todo momento la defensa y protección de los derechos humanos. (p. 107)

2. LA FIGURA DEL ASILO

Como Diez de Velasco afirmo en su estudio, puede decirse que el asilo es una protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales ya que su libertad o su vida corren peligro, debido a persecuciones o amenazas de otro Estado (Citado en Arlettaz, 2016).

Para Ricardo Arredondo (2017)

El asilo territorial se refiere a la potestad de todo Estado, en el ejercicio de su soberanía, de admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por ello ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno y sin importar el modo en que la persona haya ingresado en su territorio. Consecuentemente, no existe una obligación de entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos y no procede la extradición (p. 120).

El asilo en el derecho internacional es una especie de amparo ofrecido por un Estado en beneficio de una persona de cualquier nacionalidad diferente a la del Estado protector, la cual busca brindar auxilio a la persona que huye de un país en donde peligra su integridad o su vida, de manera que se le brinde resguardo y asistencia.

Tal es la relevancia del asilo en la esfera de la ciencia jurídica que ha sido consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". (art.14 num.1) Cabe resaltar que dicha Declaración hace sobresalir el hecho de que el asilo puede ser disfrutado en el caso de ser perseguido.

Haciendo uso de la soberanía los países tienen la plena facultad de tomar la decisión de considerar como asilada a una persona, o por el contrario no tomarla en cuenta como tal rechazando su solicitud, sin que tengan la obligación de motivar su decisión.

Existen dos clases fundamentales de asilo[8], el asilo

8 Algunos tratadistas encuentran más tipos de asilo, e incluso hacen una diferenciación conceptual entre asilo diplomático y asilo territorial,

territorial el cual es concedido a la persona interesada, después de analizar su solicitud, en el territorio del país protector; y el asilo diplomático que es otorgado en una de las embajadas del país protector. El efecto inmediato que produce otorgar el asilo a una persona es la aceptación tácita de no extraditarla.

2.1. ACNUR y sus dictámenes en pos del asilo

A diferencia de la extradición la figura del asilo no contempla requisitos universales y fundamentales los cuales tengan que ser necesariamente cumplidos por la persona solicitante, el país receptor es el que impondrá soberanamente si la acepta o no, pero esto no quiere decir que no existan ciertas consideraciones a tomar en cuenta en favor de aceptar o no dicha figura de derecho internacional.

Al respecto Bélgica al igual que varios otros países alrededor del mundo es parte de la Organización de las Naciones Unidas ONU, organización internacional que tiene como objetivos primordiales la cooperación entre Estados, fomentar la paz y seguridad , y promover la correcta aplicación de los Derechos Humanos. Esta organización para su correcto funcionamiento ha creado diversas agencias o sub organizaciones las cuales tiene sus propias metas; una de estas agencias es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, la cual busca el bienestar de aquellas personas que se han visto en la innegable necesidad de huir de un país dándoles la posibilidad de solicitar asilo.

ACNUR realiza varias reuniones conocidas como mesa redonda, en donde mediante la intervención de expertos en el tema a tratar, determina ejes fundamentales y bases que deben ser observadas por los Estados que forman parte de esta organización. En este sentido en el año 2001 en la ciudad de Ginebra se convocó a una mesa redonda en donde se estipularon ciertas circunstancias las cuales coadyuvarían a que se otorgue el refugio a una persona, estos principalmente son:

- Los Derechos Humanos le corresponden a cada una de las personas por el simple hecho de ser humanos, le son

cosa que no será considerada en el presente artículo ya que no es tema fundamental del mismo.

naturalmente inherentes y de pertenencia universal sin que medie discriminación alguna

- El derecho a la unidad familiar debe ser garantizado como un Derecho Humano; derecho que será tomado muy en cuenta para conceder el asilo
- La aplicación del derecho a la unidad familiar no queda condicionada a un tratado internacional, es decir no existe la necesidad de que un Estado este suscrito a un convenio que hable sobre este tema para que lo aplique.
- Para que un Estado aplique eficiente el derecho a la unidad familiar debe, de ser el caso, tomar las medidas necesarias las cuales garanticen que los miembros de la familia no van a tener que separarse; o abstenerse de ejecutar cualquier acción que desencadene en la desunión familiar.
- No existe un concepto único de familia a la luz del derecho internacional, los países están en la obligación de considerar a la familia en forma flexible, tomando en cuenta cada caso particular así como también las diferentes situaciones económicas, culturales, educativas, etc.
- En el caso de que una persona solicite asilo en un Estado las autoridades competentes están en la obligación de agilizar lo más posible el trámite y solventar la situación jurídica de la persona, sobre todo cuando existan menores de edad que se puedan ver afectados por la falta de aplicación del derecho de la unidad familiar.

Estas estipulaciones brevemente resumidas realizadas por ACNUR son las más relevantes, las cuales deberían ser tomadas en cuenta por los países en los que se solicita asilo.

2.2. ¿Podría Rafael Correa solicitar asilo en Bélgica?

Debido a la difícil situación jurídica y política que afronta el expresidente Rafael Correa Delgado es muy probable

que su equipo de asesoría legal tenga la idea de solicitar asilo en Bélgica; a continuación se expondrá lo que sucedería en el hipotético caso de que su solicitud esté en manos del país europeo en el que actualmente reside.

Después de que Correa culminara con su último periodo presidencial tomo la decisión de trasladarse conjuntamente con su familia a Bélgica, país de nacionalidad de su esposa. En este Estado europeo al igual que en nuestra legislación se ha adoptado los conceptos del *ius solis* y *ius sanguinis* para poder establecer el vínculo jurídico entre una persona natural y el país, es decir tanto las personas que nacen dentro del territorio así como quienes son descendientes de un ciudadano de Bélgica son considerados sus nacionales.

En este sentido los 3 hijos del expresidente, acogiéndose el *ius sanguinis*, tienen la nacionalidad del país en donde se encuentra su domicilio actualmente, es decir Bélgica. Cabe resaltar que el hijo menor de la familia Correa Malherbe aún es menor de edad.

Bajo estas consideraciones en el supuesto de que Correa inicie la solicitud de asilo en Bélgica, este Estado estaría en la obligación de agilitar lo más posible el trámite (según lo decretado por la ACNUR y expuesto en líneas precedentes), tomando en cuenta que en su núcleo familiar existe un menor de edad, así como también se tendría necesariamente que tomar medidas que garanticen la unión familiar, ya que en el caso de que no se acepte el asilo y por el contrario se lo extradite se estaría propiciando a que su familia se separe.

Estas consideraciones y el hecho de que la familia de Correa ostente la nacionalidad Belga son fundamentos contundentes, los cuales inclinarían la balanza en beneficio de que Bélgica acepte el asilo en favor del expresidente, dotándole de esta forma de protección y respaldo.

3. EXTRADICIÓN VS ASILO

Un vez que se han expuesto, a la largo del trabajo en cuestión, los diferentes fundamentos jurídicos que apoyan

la aplicación tanto del asilo así como de la extradición, a continuación se muestra un cuadro comparativo en donde se podrá evidenciar de mejor manera cuál de estas opciones es la más viable en el especial caso del expresidente Rafael Correa.

	Consideraciones que permiten su aplicación en el caso Rafael Correa	**Consideraciones que imposibilitan su aplicación en el caso Rafael Correa**
Extradición	- Existe la petición de prisión preventiva en su contra - Hay un convenio sobre extradición entre Bélgica y Ecuador - Los delitos por los que se investiga a Correa también están tipificados en Bélgica	- Bélgica puede considerar que la justicia ecuatoriana es corrupta y solo busca la venganza en contra de Correa
Asilo	- La familia de Correa tiene la nacionalidad belga - Existe un menor de edad dentro de su familia - Bélgica podría considerar a Correa como un perseguido político	- La orden de prisión preventiva por la supuesta participación de Correa en varios delitos podría truncar la solicitud de asilo en Bélgica.

CONCLUSIONES

El principio de derecho internacional conocido como cooperación entre Estados hace posible que la existencia de un tratado internacional entre el país requirente y el país requerido deje ser un requisito *sine qua non* para aplicar la extradición, de todas maneras el Ecuador si cuenta con un convenio firmado

con Bélgica el cual facilitaría la extradición de Rafael Correa.

El Ecuador cumple con los requisitos expuestos por la doctrina del derecho internacional en pos de aplicar la extradición en contra del expresidente Rafael Correa Delgado, pero a pesar de esta ventaja la extradición puede verse truncada en razón de que Bélgica tendría la posibilidad de hacer un juicio de valor acerca de nuestra justicia, y en caso de encontrarla corrupta y motivada por la venganza la extradición no sería aceptada por el país europeo; en contraposición a esta posible consideración de Bélgica acerca de nuestra justicia Ecuador podría hacer uso del principio *non inquiry* el cual dispone que un Estado no puede entrometerse en los asuntos propios de otro.

Si Bélgica llega a negar la extradición del expresidente debido a considerar que el sistema de justicia en el Ecuador no es del todo fiable, estaría actuando dentro de las facultades que le son atribuidas por uno de los elementos conformantes del Estado como es la soberanía, de manera que tomaría una decisión independiente sin que influya o sea de relevancia la opinión de los demás Estados alrededor del mundo, incluyendo el Ecuador.

Por el contrario si Rafael Correa solicita asilo en Bélgica para de esta manera beneficiarse de su protección y así evitar enfrentar la justicia ecuatoriana, estaría revestido de ventajas que le permitirían ganar el beneplácito belga. La ACNUR estipula que los Estados deben garantizar todas las medidas necesarias para evitar la desunión o fraccionamiento familiar, de tal manera que Correa al contar con su esposa e hijos de nacionalidad belga se vería favorecido por esta consideración, de igual manera el hecho de que cuente con menores de edad dentro de su familia constituiría otra gran ventaja en pos de que su solicitud de asilo sea aceptada.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aguilar, L. (2014). *Teoría General del Estado*. México: Grupo Editorial Patria.

Álvarez, C. (2015). La Asistencia Penal Internacional y la Extradición en los Delitos de Narcotráfico, Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y Corrupción Internacional. *Revista de derecho y ciencias sociales,* 9(10), (pp. 48-82).

Arlettaz, F. (2016). *Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos.* Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000100007.

Arredonde, R. (2017). Wikileaks, Assange y el Futuro del Asilo Diplomático. *Revista Española de Derecho Internacional,* 69(2), (pp. 1119-144).

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. [Cod.] R. O. 180 de 10 de febrero de 2014.

Bernal, C. (2010). *El principio de no intervención en el sistema interamericano enfocado a los casos de Nicaragua (197886) y de Colombia-Ecuador (2008).* Recuperado de: https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/ tesis364.pdf.

Brey, J. & Lozano, A. (2017). *Formas de Estado, Sentimiento Constitucional y Soberanía.* Madrid: Dykinson.

Cañardo, H. (2013). La extradición, el delito político y el asilo extraterritorial a la luz de los principios del derecho internacional público. *Revista de derecho, 8*(1), (pp. 81115).

Gómez-Robledo, A. (2000). Extradición en derecho internacional: aspectos y tendencias relevantes. México: UNAM.

Gutiérrez, R. (2017). La cooperación internacional entorno a la protección de víctimas y testigos como mecanismo de combate a la delincuencia organizada transnacional.

IUDICIUM ,1(2), (pp. 103-119).

Icaza, G. y Lara, R. (2017). *Derecho internacional público.* México: Iure.

Mansilla, M. (2017). Derecho internacional privado. México: Iure.

Pérez, M. (2009). Instrumentos de cooperación judicial penal I: la extradición y la euroorden. España: Universitat Jaume I.

Recibido: 12/04/2020

Aprobado: 12/06/2020

Iván Rodrigo Avalos Barreno: Investigador jurídico independiente. Socio del Estudio Jurídico Montero Riofrío.
Correo electrónico: ivanro41@hotmail.com

Ciudad: Quito

País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.238

El agua como catalizador para la paz y seguridad mundial

Water as a catalyst for world peace and security

Marcelo Céspedes Iturrat
Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Universidad Abierta Interamericana (UAI)
Ciudad: Rosario
País: Argentina

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 180-206, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Los conflictos por el control y acceso al agua serán mas frecuentes en los próximos años, en el caso de los recursos hídricos compartidos, estos conflictos revestirán el carácter de internacional, poniendo en peligro la paz y seguridad mundial. La cooperación es clave, los Estados ribereños tienen la posibilidad de gestionar en forma conjunta estos recursos y anticiparse. Los cursos de agua internacionales son un factor importante en la vida de las personas. A pesar de que el 70 % de la Tierra está cubierta de agua, solo el 3 % es agua dulce, de los cuales sólo el 1 % está disponible para nuestro uso (el resto se encuentra congelado en glaciares o es inaccesible). Según la Organización Mundial de la Salud, de aquí a 2025 la mitad de la población mundial vivirá en zonas con escasez de agua. La mayoría del agua disponible se encuentra bajo tierra, concentrada en acuíferos, en menor medida se encuentra en las aguas superficiales (ríos y lagos).

PALABRAS CLAVE: recursos hídricos, derecho del agua, recursos naturales, derechos humanos, derecho internacional, América del Sur.

ABSTRACT: Conflicts over control and access of scarce resources like water will be more frequent in the coming years, in the case of shared water resource, these conflicts will be international, endangering global peace and security. Cooperation is critical, riparian states can anticipate and carry forward and integrated water resource management. International watercourses are a significant factor in people's lives. Even though 70% of the Earth is covered with water, only 3% is fresh water, of which only 1% is available for use (the rest is frozen in glaciers or is inaccessible). According to the World Health Organization, by 2025, half of the world's population will live in areas with water shortages. Most of the available water is underground, concentrated in aquifers, to a lesser extent is in surface waters (rivers and lakes).

KEYWORDS: water resources, water law, natural resources, human rights, international law, South America.

INTRODUCCIÓN

El agua dulce es necesaria para la vida humana, los recursos hídricos son esenciales para la vida en nuestro planeta, también para las actividades humanas, económicas, sociales y culturales. A pesar de que el 70 % de la Tierra está cubierta de agua, solo el 3 % es agua dulce, de los cuales sólo el 1 % está disponible para nuestro uso (el resto se encuentra congelado en glaciares o es inaccesible). (PNUD, 2019)

Las disputas por el control de los recursos hídricos (ríos, lagos, acuíferos) y del agua, se encuentran cada vez más presente y se intensificarán en un futuro próximo. Según la Organización Mundial de la Salud (2018), de aquí a 2025 la mitad de la población mundial vivirá en zonas con escasez de agua. La mayoría del agua disponible se encuentra bajo tierra, concentrada en acuíferos, en menor medida se encuentra en las aguas superficiales (ríos y lagos). Uno de los acuíferos con mayores reservas de agua dulce del mundo se encuentra en Sudamérica, el Acuífero Guaraní, distribuido entre Argentina, Brasil y Paraguay; países que además integran el sistema de la Cuenca del Plata y la Hidrovía Paraguay-Paraná.

Por otro lado, hay una serie de ríos en el mundo cuya importancia es excepcional, naturalmente por el caudal de sus aguas, la cantidad poblacional y por la actividad económica que dependen de ellos. Las aguas transfronterizas sustentan la vida y los medios de vida de un gran número de personas en todo el mundo. En una era de creciente estrés hídrico[1], la forma en que manejamos estos recursos es vital, tanto para promover el desarrollo sostenible, el crecimiento económico y la paz y seguridad internacionales.

Ahora bien, los problemas surgen cuando estos recursos hídricos[2] se encuentran distribuidos entre los territorios de dos o más Estados, teniendo en estos casos, además, la potencialidad de provocar disputas internacionales.

Existen en el mundo alrededor de 276 cuencas fluviales transfronterizas, con un área geográfica que corresponde a casi la mitad de la superficie de la Tierra, aportan el 60 % de agua dulce existente. También, hay aproximadamente 600 acuíferos transfronterizos compartidos entre dos o más países. (UNESCO/UNECE, 2015)

A pesar de ser un importante recurso para los países, los recursos de agua transfronterizos mal gestionados tienen el potencial de causar disturbios sociales provocando conflictos internos e internacionales. De modo que, para hacer frente a los impactos del cambio climático, a las demandas del aumento demográfico y el crecimiento económico, resulta necesario llevar adelante un enfoque integral sobre la gestión conjunta de los recursos hídricos transfronterizos, basado en marcos legales e institucionales conjuntos donde se compartan los costos y beneficios.

---

1 La escasez de agua se mide a través de la relación agua/población. Una zona experimentará estrés hídrico cuando su suministro anual de agua caiga por debajo de los 1.700 m^3 por persona. Cuando ese mismo suministro anual cae por debajo de los 1.000 m^3 por persona, entonces se habla de escasez de agua. Y de escasez absoluta de agua cuando la tasa es menor a 500 m^3 por persona.

2 Ríos o -cursos de agua-, para ser más precisos, lagos, cuencas, aguas subterráneas, etc.

I. PELIGROS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE GESTIÓN COMPARTIDA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS FRONTERIZOS

Al observar el mapa de una cuenca, como el de la Cuenca del Plata en Sudamérica, o el de cualquier recurso hídrico transfronterizo, vemos que los límites de ese territorio no coinciden con las fronteras de los países, de las provincias o de los municipios.

Estas realidades, junto a las necesidades de un desarrollo sostenible y el uso equitativo y razonable de los recursos de agua transfronterizos, demandan cooperación entre las personas, grupos y, sobre todo, Estados. (UNESCO/UNECE, 2015)

Los ríos y arroyos han sido comúnmente utilizados para fijar las líneas divisorias entre los diferentes estados, mucho antes de que el concepto de cuenca se aplicara a la gestión del agua. Por lo tanto, para manejar de manera óptima el territorio de una cuenca es necesaria la cooperación internacional para poder establecer acuerdos de carácter internacional.

La sobre explotación de los lagos, ríos y acuíferos transfronterizos puede poner en peligro el servicio que brindan los ecosistemas para la vida de las comunidades locales y regionales. Más aún, si consideramos también a las aguas subterráneas (acuíferos transfronterizos), hasta hace poco las grandes olvidadas en esta cuestión (Movilla, 2014), vemos, una vez más, como el desarrollo y los avances tecnológicos han permitido descubrir nuevos usos y recursos hídricos que tiempos atrás eran impensados o inalcanzables.

La escaza o mala gestión de estos recursos, puede derivar en tensiones de carácter internacional. Un claro ejemplo de esto fue la crisis política desatada entre Argentina y Uruguay por el caso de las pasteras sobre el río Uruguay, (Argentina v. Uruguay, 2010) situación que motivó a ambos países a recurrir ante Corte Internacional de Justicia de La Haya, que, si bien resolvió la controversia jurídica entre las partes, no logró componer el malestar social generado a ambos lados de la frontera[3].

3 Como hemos visto en el conflicto entre Argentina y Uruguay por el caso

Nótese, que aún cuando uno de los Estados ribereños lleva a cabo una obra aparentemente positiva (incluso cumpliendo con las demandas medioambientales) sobre un recurso hídrico compartido puede tener una reacción o consecuencia negativa en otro Estado ribereño. Por ejemplo, realizar una represa o una obra necesaria, aún cumpliendo con los estándares medioambientales, la misma puede reducir drásticamente el flujo de un río aguas abajo perjudicando a otro Estado ribereño; como ocurrió entre India y Paquistán por el uso de las aguas del río Indo y sus afluentes, que motivó el laudo arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en 2013. (Pakistan v. India, 2013)

Nótese la gravedad del asunto, sobre todo, si tenemos en cuenta en ambos casos mencionados existían acuerdos de carácter internacional sobre los cursos de agua internacionales respectivos. El avance del derecho y de la ciencia, permiten *aggiornar*[4] los regímenes jurídicos teniendo en cuenta todos los usos de los de los recursos hídricos transfronterizos, entendiendo de manera integral al objeto de estudio (el agua).

Es decir, la forma en que se gestionan las aguas transfronterizas afecta, no sólo la relación entre los Estados ribereños, sino también el desarrollo sostenible dentro y fuera de las fronteras de un país, su escasa gestión puede provocar serios incidentes internacionales y la falta de gestión puede provocar graves consecuencias sociales derivando en conflictos internacionales.

de las Papeleras sobre el río Uruguay que comenzó como un conflicto social y político interno argentino, donde vecinos 'autoconvocados' de la ciudad de Gualeguaychú (Entre Ríos, Argentina) se manifestaron contra la papelera "Botnia" ubicada en la costa uruguaya del río Uruguay. Posteriormente, las manifestaciones se trasladaron al puente internacional que une Argentina con Uruguay impidiendo el paso fronterizo de ambos lados. Situación que provocó una crisis nacional e internacional entre ambos países y al no encontrar una solución diplomática ambos países decidieron someter dicho caso a la Corte Internacional de Justicia de La Haya en 2006.

4 'Aggiornar', palabra de origen italiano que significa actualizar, renovar, poner al día. Podríamos decir, actualizar teniendo en cuenta las novedades sobre el estado de la ciencia.

Incluso aún, vale la pena destacar que los aspectos positivos de la correcta gestión y administración conjunta de los recursos hídricos transfronterizos, por ejemplo, un reciente informe de la ONU (2018) destaca la importancia que aporta la cooperación en el manejo conjunto de las aguas transfronterizas, y, como una eficiente gestión puede impulsar la producción de alimentos y energía, ayudar a reducir la pobreza y, además, controlar la migración rural-urbana.

II. AUSENCIA DE MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[5], las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado. A su vez, las aguas interiores pueden ser internacionales (o transfronterizas) cuando las mismas se encuentran compartidas por dos o mas Estados (a los cuales denominamos: Estados ribereños).

Vemos, que cada Estado tiene la facultad y potestad soberana de regular las aguas que se encuentran dentro de su territorio. Ahora bien, por una razón lógica las aguas no siguen las fronteras territoriales (artificiales) que delimitan el territorio de los países, es así que, en muchos casos existen aguas que se encuentran distribuidas o compartidas entre dos o más Estados. La regulación del agua en el ámbito internacional ha experimentado, un importante desarrollo.

Incluimos bajo la denominación de Derecho de los Cursos de Agua Internacionales al conjunto de normas que en sus inicios se refirió a la regulación de los cursos de agua como vía de navegación y que en la actualidad abarca también la regulación de los usos diferentes a esta actividad.

Autores como Lobato Halajczuk (Citado por González Napolitano, 2015), entienden que estos conceptos geográficos más amplios, inherente a los recursos hídricos, poseen cierta característica de integralidad ya que presentan una dimensión territorial (a partir de la definición de cuenca y de zona

5 Adoptada el 30/04/1982 en Montego Bay, Jamaica. En vigor desde el 16/11/1994.

ecológica) y una dimensión ambiental y existencial (a partir de la tutela del bien de uso protegido, biodiversidad y agua). Lo cierto es que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el avance de las relaciones humanas y la ayuda de la ciencia resultó necesario abarcar otros aspectos referidos al mismo objeto de regulación: el agua. Como veremos, seguir utilizando el término *río internacional*, resulta insuficiente e ineficiente.

Limitar el objeto de regulación al término 'río internacional' responde a una época en que el interés estaba puesto sobre el comercio y la navegación; hoy en día, resulta insuficiente. Desconocer el avance logrado sobre la comprensión del medio ambiente y sus implicancias en el desarrollo humano y crecimiento económico, sería desconocer la realidad. Más adelante, intentaremos demostrar la importancia de los recursos hídricos sobre los derechos humanos y sobre el crecimiento económico que puede significar para los países.

En la actualidad, escasos conflictos se plantean sobre cuestiones de navegación sobre ríos internacionales, con esto no queremos decir que hay que desatender dicha cuestión, en absoluto. Lo que se pretende es lograr una visión integral sobre un recurso vital y necesario como es el agua.

Bien puede observarse, que, de los casos sometidos ante la Corte Internacional de Justicia[6] relacionados a los cursos de agua, surge, que prácticamente ninguno de ellos plantea cuestiones relacionadas con la navegación, sino más bien a los usos distintos a la navegación.

En la misma línea, autores como Movilla Pateiro (2014), destacan la evolución del Derecho de los Cursos de Agua Internacionales hacia el Derecho Internacional del Agua, para referirse al pluralismo normativo referido a este recurso. Visión holística que abarca nuevas dimensiones de los recursos hídricos, ya sea en el campo medioambiental, económico, de los

6 Proyecto Gabíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia) de 1997; Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay) de 2010; Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) de 2015, y; recientemente el caso de la controversia sobre la Situación y la utilización de las aguas del Silala (Chile c. Bolivia).

derechos humanos y de los conflictos armados por los sectores del ordenamiento jurídico internacional correspondientes.

A diferencia de lo que ocurre con las aguas del mar[7] y de la destacable labor realizada por la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) y los proyectos de artículo elaborados por la Comisión de Derecho de Internacional (CDI) a pedido de la Asamblea General de las Naciones Unidas, no se ha podido llegar a un consenso generalizado necesario para contar con una convención internacional que regule los recursos hídricos compartidos.

Actualmente, el Convenio de Helsinki de 1992 (en adelante "Convenio del Agua"), inicialmente restringido a los países miembros de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), fue abierto a la adhesión de todos los Estados miembros de la ONU a partir de una reforma introducida en el año 2013[8].

A pesar del logro obtenido con la entrada en vigor de la Convención de la ONU[9] en 2014, en la actualidad no existe un régimen jurídico internacional sobre dicha materia, integral y universal sobre los usos de los cursos de agua internacionales aplicable al agua. (González Napolitano, 2015)

Es así que, la protección y regulación relativos a este instituto se han ido desarrollando a partir de tratados

7 Desde la entrada en vigencia en 1994 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

8 El Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales fue aprobado en Helsinki (Finlandia) el 17 de marzo de 1992 y entró en vigor el 6 de octubre de 1996. En aquel momento, solo podían adherirse al Convenio los Estados miembros de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) y las organizaciones regionales de integración económica constituidas por esos Estados. Mediante la decisión III/1 (28/11/2003) se permitió que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas pudieran adherirse a este instrumento. Estas enmiendas entraron en vigor el 6 de febrero de 2013.

9 Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. Aprobada por Resolución A/RES/51/229 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, 21/05/1997. En vigor desde el 17/08/2014.

internacionales bilaterales o multilaterales según el caso. Además, los fallos de Corte Internacional de Justicia (CIJ) y los laudos de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), como veremos han servido en la resolución de conflictos en numerosos casos.

III. NUEVOS PELIGROS POR LA FALTA DE REGULACIÓN DE LAS AGUAS INTERNACIONALES

La gestión conjunta de los recursos hídricos compartidos genera beneficios para todos, no sólo para los Estados ribereños. Como sostenemos, la buena gestión compartida potencia el comercio internacional, permite la adaptación al cambio climático, fomenta el crecimiento económico, la seguridad alimentaria, mejora la gobernanza y la integración regional.

A pesar de los beneficios que implicaría la adopción de instrumentos internacionales existentes sobre la gestión y utilización de los recursos hídricos transfronterizos, como hemos apuntado, ninguno de ellos ha sido universalmente aceptado. Es así que, podemos asegurar, no existe en la actualidad un instrumento jurídico con grado de universalidad sobre los recursos hídricos transfronterizos.

Según datos aportados por la UNESCO en conjunto con la UNECE (ONU, 2019), la historia muestra que, desde 1948, se han celebrado unos 295 acuerdos internacionales sobre el agua, mientras que se han producido sólo 37 conflictos de magnitud durante el mismo período. La baja cifra de conflictos puede que se deba a la gran cantidad de acuerdos internacionales celebrados (bilaterales o multilaterales), sin embargo, nótese que alrededor de dos tercios de los ríos transfronterizos del mundo no tienen un marco de gestión cooperativa (según datos obtenidos de SIWI, 2019), desatender dicha cuestión implica poner en riesgo no sólo a la seguridad y a la paz internacional sino también al futuro acceso al agua.

Los conflictos sobre los cursos de agua han sido frecuentes e importantes en el pasado. Sin la intención de hacer una enumeración exhaustiva, entre los más destacados

podemos mencionar, la disputa por el río Indo entre India y Paquistán luego de la partición, que concluyó con la firma del Tratado sobre las Aguas del río Indo de 1960 logrado por una mediación del Banco Mundial; el caso entre España y Francia por el lago Lanoux, solucionado en 1957 por un tribunal arbitral; entre los más recientes, presentados ante la CIJ, encontramos el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia (1997); el conflicto por las papeleras del río Uruguay entre Argentina y Uruguay (2010); el caso entre Costa Rica y Nicaragua por las obras realizadas en la frontera entre ambos países (2015)[10], y; últimamente, la disputa entre Chile y Bolivia por el estatus y uso sobre las aguas del Silala (2016) aún sin resolución final de la Corte de La Haya.

Sin embargo, como se puede observar, se hicieron más frecuente los conflictos referidos a cuestiones no relativas a la navegación fluvial, las disputas se centran en cuanto a los derechos de las partes sobre dichos recursos y/o en cuestiones relativas al impacto de los usos sobre las aguas por parte de uno de los Estados ribereños.

Es de nuestra consideración que, los conflictos por el control sobre los recursos hídricos serán más frecuentes en el futuro y diversos, si analizamos el último caso mencionado entre Chile y Bolivia por las aguas del Silala, notamos que una de las cuestiones a resolver por parte de la Corte es el “estatus” de las aguas, es decir, es decir, la Corte deberá expedirse si se trata de aguas internacionales o interiores; por su parte, Chile sostiene que dichas aguas son un *curso de agua internacional* y como tal deben ser gestionadas en forma conjunta por ambos países, no pudiendo Bolivia disminuir, afectar o desviar el curso de agua; en cambio, Bolivia sostiene que dichas aguas son interiores y, como tal, tiene la facultad exclusiva de decidir sobre su utilización, gestión y control.

Como podemos observar, estamos ante una oportunidad, y es la de generar un consenso sobre los principios y costumbres básicos sobre los recursos hídricos transfronterizos en general

10 Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica) (2015).

y los cursos de agua internacionales en particular. Si no se atienden las nuevas necesidades y problemáticas, entendemos que los conflictos referidos al uso, manejo, gestión y control sobre los recursos hídricos aumentarán poniendo en peligro la paz y seguridad internacionales.

IV. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL AGUA COMO POTENCIADOR DE CONFLICTOS

No podemos negar que el agua es un recurso fundamental para la supervivencia de los seres humanos y para la sustentabilidad del medio ambiente. Siendo que el agua es un elemento necesario para la existencia de vida en el planeta es considerada un recurso natural esencial.

Una de las características que presenta el agua es su dinamismo. Sea por su composición, estado y movilidad natural (lo que la ciencia denomina el *ciclo hidrológico*) hacen que su ubicación, caudal y características físicas vayan cambiando según los distintos factores naturales que constituyen los sistemas hídricos; estos cambios incluso pueden ser producto de la acción humana[11]. Siendo este uno de los principales desafíos que debe enfrentar el derecho internacional, es necesario que se anticipe en su comprensión y regulación.

En definitiva, el agua forma parte del ecosistema, en consecuencia, creemos necesario abordar el tema desde una lógica integral de acuerdo al bien jurídico a tutelar; esto requiere abordar la gestión integrada de los recursos hídricos, reconociendo los aportes de distintas áreas del derecho internacional como los derechos humanos y el medio ambiente. Es necesario establecer ciertos parámetros a regular sobre factores humanos implicados como su uso, gestión, conservación y manipulación, los cuales, si se desatienden, pueden generar graves conflictos que amenazan con adquirir magnitudes planetarias (guerra azul o del agua dulce). (González Napolitano, 2015, 9. 477)

11 Por ejemplo, el caso suscitado entre Paquistán e India por las aguas del río Kishenganga, donde Paquistán argumentó que las aguas del río habían sido desviadas e incluso disminuidas considerablemente por parte de India. Cuestión que se solución mediante el laudo arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje el 20/12/2013.

V. LA IMPORTANCIA DEL AGUA EN EL DESARROLLO DE LOS PAÍSES

El planeta Tierra tiene 1.386 millones de km3 e agua, de los cuales, únicamente el 2,53 % es dulce. Del agua total dulce, el 68 % está confinada en los glaciares y un 30 % se encuentra en el suelo, almacenada en acuíferos. El agua existente, en virtud de su dinamismo y compuesto químico (H2O), puede circular o transformar su estado (líquido, sólido o gaseoso), pero nunca modificar su cantidad (sí su calidad), esta nunca cambia, siempre se mantiene constante. Sin embargo, el consumo que hacemos de ella si aumenta constantemente.

La agricultura y ganadería tiene una importancia clave para América Latina y el Caribe[12]. De acuerdo a cifras aportadas por la FAO, la agricultura (incluyendo el riego, la ganadería y la acuicultura) es el mayor consumidor de agua, representando el 69 % de las extracciones anuales de agua a nivel mundial. Por su parte, la industria (incluida la producción de energía) representa el 19 %, y el uso doméstico familiar apenas el 12 %[13]. Nótese que la agricultura consume mas agua que cualquier otra fuente y presenta un desperdicio considerable debido a ineficiencias en su gestión y falta de regulación. (World Wildlife Fund, 2019)

Con respecto a las circunstancias socioeconómicas, se ha argumentado que, un alto grado de integración (gran densidad de vínculos políticos, económicos y sociales entre los Estados ribereños) puede ayudar a superar los obstáculos severos a la cooperación en materia de agua. (Bernauer, 2002, pp. 551, citado por: UNESCO, 2009, p. 6) Tales obstáculos,

12 América Latina y el Caribe, a pesar de constituir solo el 13,5% de la población mundial, produce un poco más del 23% de la carne bovina y de búfalo, y el 21,40% de la carne de ave global. En el caso de huevos y leche, la participación de la región es más del 10% y 11,2% en peso, respectivamente. En las últimas décadas, la ganadería ha tenido un enorme crecimiento, especialmente en el Cono Sur, debido a la expansión de la demanda mundial. Este acelerado crecimiento ha permitido que América Latina se convierta en la región que más exporta carne bovina y carne de ave a nivel mundial. Fuente: Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe. Producción pecuaria en América Latina y el Caribe. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. FAO, 2019.

13 AQUASTAT - FAO’s Information System on Water and Agriculture.

pueden estar relacionados con la posición respectiva de los Estados con respecto al recurso (río arriba, río abajo) y en relación entre sí (en términos reales de poder).

VI. FALTA DE GESTIÓN COMPARTIDA: AMENAZA A LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES

Desde tiempos inmemorables las poblaciones humanas se han situado en zonas próximas a cursos de agua, no solo a los fines de abastecerse para su ingesta, sino también para usos domésticos, agrícolas y de su entorno, sin perjuicio de la influencia de este recurso natural en al cultura, religión, política, desarrollo, economía y formas de vida de los pueblos. El agua constituye un recurso vital para la supervivencia de una Nación, tanto biológica como económica y culturalmente. (González Napolitano, 2015, p. 477)

A pesar de que tengamos la sensación de estar rodeados de agua y que los recursos hídricos son ilimitados, esto no es así, como hemos visto se trata de un recurso natural limitado y escaso. Debemos reconocer que el modelo económico actual no tiene en cuenta al medio ambiente, como afirma Regnasco (2016, p. 105), la vocación del hombre moderno es la de convertirse en dueño y señor de la naturaleza. “La naturaleza se reduce a sus aspectos medibles, calculables y controlables, a una simple “suma de recursos”, una “gigantesca estación de servicio”.

Reciente informe del Banco Mundial (Millington, 2006), indica que hay seis atributos que deben considerarse para que exista un exitosa gestión compartida de los recursos hídricos: a) acuerdos institucionales claros, sólidos y operativos con procedimientos de implementación bien definidos; b) existencia de información clara y precisa referida al recurso hídrico disponible para todos los Estados ribereños; c) estrategia clara y precisa que guíe la planificación, gestión y administración del agua; d) canales de comunicación rápidos y efectivos entre las partes; e) presencia de indicadores de desempeño sustentable, sumado a un monitoreo permanente sobre el manejo de los recursos hídricos, y; f) adecuado y eficaz

desempeño general de la organización conjunta (personal capacitado, seriedad institucional, control interno, financiación adecuada, entre otros).

6.1. Desafío global

Se estima que la población mundial se incrementará en un 33 %, creciendo de 7 mil millones a 9 mil millones para el 2050 (UNESCO, 2016), en consecuencia, se espera que la demanda de alimentos aumente en un 70 % y con ello la presión sobre los recursos hídricos. Para entonces, cada año se deberán producir otros mil millones de toneladas de cereales y 200 millones de toneladas adicionales de productos pecuarios. (Naciones Unidas, 2009, citado por FAO, 2011)

Sin dudas esto será una gran oportunidad para América Latina en general y los países de la Cuenca del Plata en particular. Sin embargo, la región debe estar preparada para hacer frente a los desafíos que esto conlleva. Entre ellos, el manejo y control de los recursos hídricos transfronterizos.

El agua es una componente esencial de las economías locales y nacionales, y es necesaria para crear y mantener los puestos de trabajo en todos los sectores de la economía. Se estima que tres de cada cuatro empleos que conforman la fuerza laboral global dependen en mayor o menor medida del agua. Esto significa que la escasez de agua y los problemas de acceso al agua y al saneamiento podrían limitar el crecimiento económico y la creación de empleos en las próximas décadas. Según informe de la ONU (2016, p. 10), la mitad de la mano de obra mundial está empleada en ocho sectores que dependen del agua y de los recursos naturales: agricultura, bosques, pesca, energía, producción con uso intensivo de recursos, reciclaje, construcción y transportes.

Informe de la ONU alerta sobre el creciente estrés hídrico indicando un considerable aumento en el uso del agua, situación que provocará mayores impactos en la sostenibilidad del recurso y un potencial creciente de conflictos entre los usuarios. (UNESCO, 2019) En consecuencia, consideramos

necesario regular sobre los cursos de agua internacionales y, en especial, sobre los usos no referidos a la navegación. Los tiempos han cambiado, y también lo han hecho las necesidades y demandas humanas.

Estudios recientes muestran que la contaminación del agua ha empeorado desde la década de 1990 en casi todos los ríos de América Latina, África y Asia, con una grave contaminación por patógenos que afecta a cerca de un tercio de todos los tramos fluviales en estas regiones. (UNEP, 2016) La contaminación por arsénico en las aguas subterráneas ahora afecta a casi 140 millones de personas en 70 países en todos los continentes. (UNESCO, 2009) Se estima que el 20 % de los acuíferos del mundo está siendo sobreexplotado, lo que conlleva graves consecuencias, como el hundimiento de la tierra y la intrusión de agua salada. (Gleeson, 2012)

Según datos aportados por la FAO (2011) sólo el 5 % de los volúmenes de los grandes ríos del mundo permanecen encausados en su estado original. Los grandes lagos y mares interiores se han reducido, y la mitad de los humedales de Europa y América del Norte ya no existen. Además, los recursos de agua subterráneos se encuentran sobre explotados, encontrándose cada vez más contaminados y salinizados en algunas áreas costeras.

Se han venido trabajando posibles soluciones para la escasez de los recursos hídricos. Una de ellas, posible para casos muy concretos, podría ser el aún incipiente 'mercado de aguas'. La función fundamental de un mercado de aguas es favorecer una reasignación de derechos de uso del agua en países donde todos los recursos disponibles ya están asignados y siguen surgiendo nuevos usuarios que reclaman agua (incluido el medio ambiente). Tampoco podemos dejar de mencionar el proceso de desalinización, el cual constituye una de las pocas fuentes de agua independientes de la lluvia capaz de convertir el agua del mar en agua apta para el consumo. Sin embargo, dicho procedimiento se encuentra aún lejos de ser una opción viable y sustentable para el problema de la escasez de recursos hídricos y del medioambiente. Este proceso consiste en

quitar el contenido salino del agua de mar a través de plantas desalinizadoras[14]. Sin embargo, uno de los grandes problemas de este proceso es que como contrapartida genera químicos hipersalinos conocidos como salmuera de rechazo los cuales son devueltos al mar generando un grave prejuicio en el ecosistema marino. Estimamos que dichas soluciones aún se encuentran en etapas iniciales no desarrolladas en todo su potencial, por el momento, lejanas de significar una solución a los problemas actuales.

La intención de los datos vertidos sobre este trabajo no es más que alertar sobre los problemas que se avecinan, en especial para nuestra región. Y la pregunta que debemos hacernos es, ¿estamos preparados para afrontar los desafíos relacionados a la problemática de los recursos hídricos? Consideramos que estamos a tiempo, sólo hace falta tomar conciencia y abordar una decisión política conjunta. Como hemos venido exponiendo, es una problemática compleja que requiere de medidas complejas y no es tarea de un solo gobierno o Estado, sino que requiere de la labor conjunta de varios actores, sobre todo de aquellos que comparten los mismos recursos de agua.

6.2. Hipótesis de conflicto por la falta de gestión integral de los recursos hídricos transfronterizos

La sobre explotación de los lagos, ríos y acuíferos transfronterizos puede provocar graves consecuencias en los humedales y sus ecosistemas, poniendo en peligro la fiabilidad y sostenibilidad del suministro de agua, situación que puede provocar tensión en ambos lados de la frontera conduciendo, en el peor de los casos, a un conflicto internacional. Como hemos visto en el conflicto entre Argentina y Uruguay por el caso de las Papeleras (Argentina v. Uruguay, 2010) sobre el río Uruguay que comenzó como un conflicto social y político interno argentino, donde vecinos 'autoconvocados' de la ciudad de Gualeguaychú (Entre Ríos, Argentina) se manifestaron contra la papelera "Botnia" ubicada en la costa uruguaya del río Uruguay. Posteriormente, las manifestaciones se trasladaron al puente

14 Procedimiento que se ha venido utilizando con más frecuencia en algunas regiones Asia y África.

internacional que une Argentina con Uruguay impidiendo el paso fronterizo de ambos lados. Situación que provocó una crisis nacional e internacional entre ambos países y al no encontrar una solución diplomática ambos países decidieron someter dicho caso a la Corte Internacional de Justicia de La Haya en 2006.

De todo lo expuesto, podemos inferir que, una disputa sobre recursos hídricos transfronterizos implica una controversia entre: 1) dos o más Estados; 2) sobre un mismo recurso de agua compartido; 3) pudiendo tratarse de aguas superficiales, como los cursos de agua internacionales, lagos y cuencas, y; aguas subterráneas, como los acuíferos transfronterizos; 4) respecto a varios propósitos o temas como: a) estatus o categoría (por ejemplo si se trata de un recurso compartido o es enteramente nacional, derechos de propiedad y soberanía), b) cantidad (sobre todo por los problemas surgidos a partir de la construcción de represas o desvíos de agua), c) calidad (sobre todo en los casos de contaminación), y, d) derechos de uso sobre el recurso compartido.

VII. LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN AMÉRICA DEL SUR: LA CUENCA DEL PLATA Y LA HIDROVÍA PARAGUAY-PARANÁ

Reciente documento de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) afirma que la integración regional es un proceso multidimensional, cuyas expresiones incluyen iniciativas de coordinación, cooperación, convergencia e integración profunda, y cuyo alcance abarca no solo las temáticas económicas y comerciales, sino también las políticas, sociales, culturales y ambientales. (CEPAL, 2014)

El agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para la vida, el desarrollo y el medio ambiente, así reza el principio primero de la Conferencia de Dublín de 1992. Más del 70% del territorio de América el Sur está constituido por cuencas y regiones hidrográficas con cursos de agua navegables, en su gran parte de carácter internacional. Sin embargo el desarrollo de las hidrovías es aún incipiente.

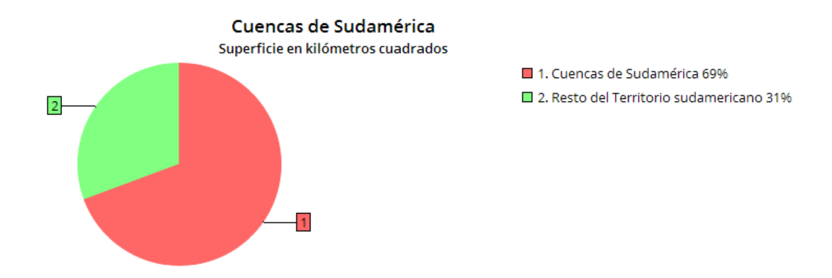
Resulta paradojal y tragicómico que el régimen de aprovechamiento de nuestras aguas, que tanta preocupación generó en las labores de la organización nacional, constituya hoy uno de los tantos capítulos librados al desinterés público y privado de la debida atención por falta de una adecuada conciencia acerca e las bondades que su desarrollo implica. (Midón, 1998, p. 431)

América del Sur, es una de las regiones mas ricas del mundo en agua. Con sólo el 6 % de la población mundial, cuenta con el 28 % del agua renovable del mundo. Esta reserva se encuentra entre las cuencas del Orinoco, Amazonas y del Plata, también en los lagos y el acuífero Guaraní, entre otros cursos de agua menores y glaciares. (Capaldo, 2009, p. 299)

Sudamérica cuenta con un territorio total de 17.892.000 km^2. En extensión, las cuencas del Orinoco, del Amazonas y del Plata cubren una superficie aproximada de 10.400.000 km^2, que sumado a otras cuencas menores del continente alcanzan los 12.400.000 km^2 de superficie. Esto significa que casi el 70% del continente está constituido por cuencas hidrográficas con ríos naturalmente navegables (Gráfico 3).



Gráfico 3



Porcentaje que representan las cuencas hidrográficas en Sudamérica.

Elaboración propia según datos obtenidos de: *Anuario Hidrovías del Mercosur* (Armero y Aviano, 2018)

En un escenario internacional adverso, donde la inserción comercial demanda niveles altos de competitividad, las potencialidades de los cursos de agua internacionales nos brindan una oportunidad cierta y real para impulsar el crecimiento económico y desarrollo social de la región, un claro ejemplo de esto lo encontramos en el desarrollo de la Hidrovía Paraguay-Paraná (HPP), programa que incluye a Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay y Paraguay[15].

Las *hidrovías* son vías navegables naturales que cuentan con intervenciones que permiten asegurar la navegación confiable, eficiente y segura, las 24 horas del día y en diferentes condiciones climáticas. Las mismas pueden ser nacionales o internacionales, cuando pasan por el territorio de dos o más Estados, sea atravesándolo o bordeándolo. Las nacionales no están expuestas a la necesidad de coordinación entre países ya que pertencen al régimen jurídico interno de cada Estado. Las internacionales están sujetas a normas compartidas, de derecho internacional público, que ayudan a mejorar su gobernanza.

La hidrovía Paraguay-Paraná está formada por los ríos Paraguay, Paraná y sus afluentes. Tiene una extensión de 3.442 km. En su transcurso hay 117 puertos (64 puertos de Argentina, 11 de Brasil, 3 de Bolivia, 38 de Paraguay y 1 de Uruguay). Entre los productos más transportados se encuentran la soja, trigo, petróleo, algodón, minerales de hierro y manganeso.

El rol que juegan las hidrovías va más allá de su contribución al desarrollo del comercio y a la inserción en los mercados globales. Las cuencas hidrográficas, dentro de la cual se encuentra la HPP, constituyen un factor importante para promover la integración y el desarrollo de sus áreas de influencia que, adecuadamente administradas, pueden favorecer un desarrollo integral. (Armero y Aviano, 2017, p. 19)

Para la CEPAL (2016) la infraestructura refleja y condiciona la estructura productiva de un país o una región, siendo un factor crítico para el cambio estructural. Según explica

15 Acuerdo de Transporte Fluvial de la Hidrovía (o Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra), firmado en Las Leñas, Mendoza, Argentina, el 26 de junio de 1992 entre Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay.

Comité Intergubernamental Hidrovía Paraguay-Paraná (CIC, 2020) uno de los principales temas del desarrollo económico de una región es la necesidad de contar con infraestructura económica de calidad para competir en igualdad de condiciones en el entorno del comercio internacional y tener la capacidad para mover productos de manera ágil y eficiente. Esa infraestructura la brinda el desarrollo de la Hidrovía Paraguay-Paraná; más aún frente a la saturación de la infraestructura de transporte carretero y a una todavía incipiente puesta en valor de la red ferroviaria.

Entre todos los modos de transporte, explica Ricardo Sánchez (CEPAL), el fluvial se revela como el más compatible con los patrones de uso del suelo, distribución de población, oferta y demanda de la producción local, distancias a recorrer, disponibilidad actual de los medios de transporte (Armero y Aviano, 2018, 17).

Es aquí donde reside la ventaja de las vías fluviales en comparación con los otros medios de transporte (terrestre y aéreo). El transporte fluvial es mas eficiente en términos de volumen de carga, de ahorro de combustible y de menor contaminación. Un convoy[16] estándar de los utilizados en la Hidrovía Paraguay-Paraná (transporta entre 25 y 40 mil toneladas en formaciones de barcazas) puede transportar la carga equivalente de 1.200 camiones por carretera. Es decir, por cada formación se estarían ahorrando la circulación de 1.200 camiones. No sólo aporta beneficios ecológicos al contaminar menos, sino que además descongestiona las carreteras y reduce costos de transporte[17].

16 Las embarcaciones más utilizadas dentro de la HPP se denominan "convoy" o "tren de empuje" y son formaciones de barcazas de escaso calado, propulsadas por un remolcador de empuje, en donde cada una mide aproximadamente 48 por 12 metros con una capacidad de carga de 1.500 toneladas cada una. Actualmente, en la HPP alcanzan un máximo de 20 barcazas de aproximadamente 300 metros de eslora por 48 metros de manga y con una capacidad de carga de hasta 30.000 toneladas. Para mayor información consultar el Anuario de Hidrovías del Merdcosur o el sitio web institucional del CIC.

17 Según datos aportados por el Banco de Desarrollo de América Latina (antiguamente: Corporación Andina de Fomento, o CAF) 1 barzaza transporta hasta 1.600 toneladas de carga, lo mismo que 1.000 vagones

Es preciso destacar, que no sólo trae beneficios para el sector agropecuario, importante para los países de la región. En Europa, las hidrovías sirven a todo el sistema económico, siendo que el desarrollo industrial y comercial del continente se encuentra íntimamente relacionado con las hidrovías (Armero y Aviano, 2018, 19).

En definitiva, y en consonancia con el reciente informe de la CEPAL (2019) sobre la gestión de los recursos hídricos compartidos, entendemos que la intervención articulada de múltiples actores y la coherencia de políticas públicas serán las condiciones necesarias para generar un gran impulso regional y, al mismo tiempo, garantizar: el crecimiento económico, la reducción de desigualdades sociales, la generación de empleo, la mitigación de emisiones y la preservación y uso sostenible de los recursos naturales.

CONCLUSIÓN

El agua es necesaria para el desarrollo de los países, desde su extracción hasta su retorno a la naturaleza, pasando por su uso, el agua es un factor clave tanto en la vida cotidiana como en la creación de empleo y producción de alimentos.

Los conflictos por el control y acceso al agua serán más frecuentes en los próximos años, en el caso de los recursos hídricos compartidos, estos conflictos revestirán el carácter de internacional, poniendo en peligro la paz y seguridad mundial. La cooperación es clave, los Estados ribereños tienen la posibilidad de gestionar en forma conjunta estos recursos y anticiparse.

---

de ferrocarril y 2.000 camiones por carretera. A su vez, por cada litro de diesel se recorren 251 km en barcaza y sólo 101 km por ferrocarril y 29 km por camión. Además, 1 caballo de fuerza es capaz de transportar 22,2 toneladas por barcaza frente a 7,4 toneladas por ferrocarril y sólo 1 tonelada por carretera. Por otra parte, 1 tonelada de carga por cada 1.000 km consumen 3,74 litros por barcaza, 8,26 litros en ferrocarril y 32,25 litros por camión.

Décadas de mala gestión, contaminación y consumo excesivo han desequilibrado nuestros sistemas de agua. Y el cambio climático está agravando el problema. Al ritmo actual de uso del agua, para 2050, más de la mitad de la población mundial correrá el riesgo de escasez de agua (ONU, 2018) sumado a la seguridad alimentaria. De lo que venimos diciendo, podemos inferir que lo que parece ser propiamente una crisis de escasez de los recursos hídricos a nivel global no es sino un problema de gobernabilidad del agua y de una inadecuada distribución de los recursos. Dar soluciones al desafío de la gestión integrada de los recursos hídricos en el contexto del cambio climático es urgente y fundamental.

Es evidente que estamos ante una problemática compleja, la cual requiere de soluciones integrales, es así que, en consonancia con la Declaración de Cancún del XVI Congreso Mundial del Agua de 2017, consideramos necesario promover esfuerzos compartidos que desarrollen conocimientos interdisciplinarios que permitan abordar de una manera más integral y, de ser posible, basada en la evidencia científica.

Tradicionalmente, se entendió la explotación de los recursos naturales -entre ellos *el agua*- desde un punto de vista económico, esto es, como una riqueza natural, objeto de legítima apropiación y utilización soberana con fines económicos. Sin embargo, en palabras de Sobrino Heredia (citado por Movilla Pateiro, 2014), se observa, también, el nacimiento de otra tendencia, esta vez internacionalizadora por lo que respecta a la gestión de los recursos naturales -sobre todo compartidos- que busca tener en cuenta el interés y la preocupación común de la humanidad en una gestión y explotación responsable y sostenible de los mismos.

En palabras de las Naciones Unida (2018), la gestión conjunta del agua transfronteriza crea beneficios para todos: intercambio internacional, adaptación al cambio climático, crecimiento económico, seguridad alimentaria, mejora en la gobernanza y la integración regional.

Para lograr un acuerdo internacional exitoso en la materia, es necesario un consenso mínimo por parte de la comunidad internacional. En este sentido, se debe avanzar hacia una comprensión integral de los recursos hídricos transfronterizos. Atendiendo a una visión actualizada y holística del bien jurídico tutelado con el respeto a los derechos humanos, medio ambiente y del derecho internacional en general.

Reconociendo el ciclo hidrológico completo y, por lo tanto, sus relaciones con los factores que definen y caracterizan el bien jurídico tutelado, el agua. Entendemos que una eficiente gestión compartida sobre los recursos hídricos debería enfocarse en fortalecer las siguientes debilidades encontradas a nivel internacional y regional: a) lograr consenso sobre la naturaleza jurídica del agua, independientemente de los usos que de ella deriven; b) armonizar los marcos legales de los países, buscando estándares legales mínimos, en general no se consideran las interrelaciones que existen entre el agua, el clima y el suelo; sólo existe una débil coordinación entre las instituciones responsables, lo cual no es suficiente; c) Lograr que las instituciones nacionales no actúen sobre los temas comunes con prioridad nacional, ya que es un problema global que requiere de medidas y soluciones también globales; d) se debe lograr que las instituciones vinculadas al sector del agua trabajen de forma abierta y transparente, garanticen una participación durante todo el ciclo de gestión del agua y consideren a todos los posibles usuarios del agua, así como, las externalidades potenciales en la planificación y ejecución de proyectos y programas; e) es necesario lograr un visión holística para la gestión integrada de los recursos hídricos que busque superar los enfoques sectoriales y parciales al momento de resolver los problemas. A menudo los intereses de los países difieren, pues la situación de un Estado ubicado aguas arriba es diversa del que se halla de aguas abajo o en la desembocadura. En ese contexto también puede ser distinto el significado económico y comercial que cada Estado asigna a la vía (Midón, 1998, p. 433); e) se reconoce la heterogeneidad de los contextos físicos, políticos y socioeconómicos recursos hídricos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Armero, A., Aviano, J.M. (Eds.). (2017). *Anuario Hidrovías del Mercosur*. Anuario Portuario y Marítimo, Buenos Aires.

Armero, A., Aviano, J.M. (Eds.). (2018). *Anuario Hidrovías del Mercosur*. Anuario Portuario y Marítimo, II Edición, Buenos Aires.

Capaldo, G. D. (2009). The Río de la Plata Basin. In: Dellapenna J.W., Gupta J. (eds) *The Evolution of the Law and Politics of Water*. Springer, Dordrecht, (p. 299).

CEPAL. (2014). *Integración regional: hacia una estrategia de cadenas de valor inclusivas.*

Comité Intergubernamental Hidrovía Paraguay-Paraná (CIC). (2020). *Entorno Macroeconómico y Desempeño Logístico.* Recuperado de http://hidrovia.org/es/entorno-macroecon%C3%B3mico-y-desempe%C3%B1o-log%C3%ADstico

Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia). (2016).

División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, Naciones Unidas (2016), *La gobernanza de la infraestructura a favor del desarrollo basado en la igualdad y la sostenibilidad.* Recuperado de: https://www.cepal.org/es/temas/infraestructura/la-gobernanza-la-infraestructura-favor-desarrollo-basado-la-igualdad-la-sostenibilidad

FAO. (2011). *The state of the world's land and water resources for food and agriculture (SOLAW) – Managing systems at risk. Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome and Earthscan.* London.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). (1997) Judgment, 1. C. J. Reports, (p. 7).

Gleeson, T. Et al. (2012). Water balance of global aquifers revealed by groundwater footprint. *Nature 488*. DOI: https://doi.org/10.1038/nature11295

González Napolitano, SS. (2015). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. (1ra ed.) Buenos Aires: Editorial Erreius, Errepar S.A., (p. 472-477).

Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India). (2013). Corte Permanente de Arbitraje.

Midón, MA. (1998). *Derecho de la Integración: Aspectos institucionales del Mercosur*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editories, (p. 433).

Millington, P. (2006). *Integrated river basin management: from concepts to good practice*. Banco Mundial, Washington DC, Water Partnership Program (WPP), Recuperado de: http://documents.worldbank.org/curated/en/155791468314991547/Integrated-river-basin-management-from-concepts-to-good-practice

Movilla Pateiro, L. (2014). *El Derecho Internacional del Agua: los acuíferos transfronterizos*. España: J.M. Bosch Editor.

Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2019). Red de Cooperación en la Gestión Integral de Recursos Hídricos para el Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe. *Carta Circular Nº 50*.

Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica). (2015). Judgment, I.C.J. Reports, (p. 665).

OMS. (2018). *Organización Mundial de la Salud, Datos y Cifras sobre el Agua*. Recuperado de: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water

ONU. (2016). *Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2016*, *“El agua y el empleo”*, (p. 10).

ONU. (2018). *UN Water. Transboundary Waters.* Recuperado a partir de: http://www.unwater.org/water-facts/transboundary-waters/

PNUD Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2019). *La respuesta está en la naturaleza.*

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). (2010). Judgment, I.C.J. Reports 2010, (p. 140).

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). (2010). Judgment, I.C.J. Reports, (p. 14).

Regnasco, M. J. (2006). *Para comprender la problemática del mundo actual*. Buenos Aires: Ediciones Imago Mundi, (p. 105).

SIWI Stockholm International Water Institute SIWI. (2019). *Cooperation Over Shared Waters*. Recuperado a partir de: https://www.siwi.org/priority-area/transboundary-water-management/

UNEP. (2016). *A Snapshot of the World’s Water Quality: Towards a global assessment*. United Nations Environment Programme, Nairobi, Kenya.

UNESCO. (2009). United Nations World Water Assessment Programme. *Institutional Capacity Development in Transboundary Water Management*. París, (p. 6).

UNESCO. (2009). *United Nations World Water Development Report (WWDR3), “Water in a Changing World”.*

UNESCO. (2017). *World Water Development Report 2016: Water and Jobs*. Paris.

UNESCO. (2019). *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás.*

UNESCO/UNECE UN-Water Transboundary Waters Thematic Priority Area. (2015). *Good Practices in Transboundary Water Cooperation.*

World Wildlife Fund. (2019). Recuperado de: worldwildlife.org

Recibido: 20/03/2020

Aprobado: 12/06/2020
Marcelo Céspedes Iturrat: Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Universidad Abierta Interamericana (UAI).
Correo electrónico: cespedesmarcelo@outlook.com
Ciudad: Rosario
País: Argentina

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.270

La Iniciativa Yasuní-ITT: una oscura lección sobre ética y desarrollo

The Yasuní-ITT Initiative: a dark lesson on ethics and development

Patricio Hernández Rentería
Docente de la Facultad de Jurisprudencia PUCE
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 208-244, ISSN 2588-0837

RESUMEN: La Iniciativa Yasuní – ITT representó una propuesta innovadora y de vanguardia del Estado ecuatoriano, orientada a posicionar a nivel mundial un cambio de prioridades en el modelo de desarrollo imperante con base a la preservación de bienes y servicios ambientales fundamentales para la vida en el planeta y a la corresponsabilidad de los Estados en este objetivo. Buscó para ello el apoyo de la comunidad internacional a la decisión estatal de no explotar el campo petrolero "Ishpingo – Tiputini – Tambococha" (ITT), ubicado al noreste del Parque Nacional Yasuní, en la Amazonía ecuatoriana, donde existían reservas probadas de crudo de petróleo de al menos 920 millones de barriles. Esta medida representaba para la economía ecuatoriana, prescindir de un ingreso potencial de 7000 mil millones de dólares, al tiempo de evitar la emisión a la atmósfera de aproximadamente 407 millones de toneladas de CO2. Este fue el planteamiento central del discurso del Presidente del Ecuador al presentar formalmente la iniciativa ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 24 de septiembre de 2007. Un elemento destacado que, igualmente, se buscaba proteger con el desarrollo de esta iniciativa, era la tutela del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que habitan principalmente dentro del Parque Nacional Yasuní, conocidos como los Tagaeri y Taromenane. La no explotación del Bloque

ITT fortalecería la medida de protección implementada por el Gobierno de Ecuador a través de la creación de una Zona Intangible que prohibía las actividades extractivas dentro del perímetro que se consideraba como el que ancestralmente ocupan dichos pueblos. Hasta el 15 de agosto de 2013, cuando el propio Presidente Rafael Correa expidió el Decreto Ejecutivo No.074 que dispuso la terminación del fideicomiso creado para financiar la Iniciativa Yasuní-ITT, el impulso de la misma constituyó un emblema de la política exterior del país. El respaldo que sumó en sus inicios por parte de un creciente número de sectores y movimientos sociales a nivel nacional, así como de varios Estados, organismos internacionales y personalidades a nivel mundial, finalmente no se concretó con el aporte económico esperado. De acuerdo a los registros de la Iniciativa, hacia el final de su vigencia se habían recaudado cerca de 13 millones y medio de dólares, cuando el monto mínimo requerido de aporte para dejar el petróleo bajo tierra y que opere el fondo con el que se desarrollarían proyectos de conservación y desarrollo sostenible, era de 100 millones de dólares hasta el 2011 y de 3600 millones en trece años.

Más allá de las lecturas y comprensiones que generó su terminación y la posterior decisión del Gobierno ecuatoriano de avanzar con el proyecto de explotación de los Bloques Petroleros 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní, el impulso de la Iniciativa Yasuní-ITT logró trascender en las agendas de las políticas públicas del nivel nacional e internacional. Así, mientras a lo interno propició un debate inédito en la población sobre las ventajas y desventajas de la relación existente entre actividades extractivas vs. conservación de la naturaleza, a nivel externo incidió en la exploración de nuevas formas de contribución de los Estados a los compromisos sobre el cambio climático. Su no concreción para dar paso nuevamente a la extracción de petróleo es, como éste, un oscuro aprendizaje de un dilema ético que desgarra la conciencia de nuestra civilización.

PALABRAS CLAVE: Zona intangible, fideicomiso, interés nacional, pueblos indigenas, recursos renovables.

ABSTRACT: The Yasuní - ITT Initiative represented an innovative and cutting-edge proposal of the Ecuadorian State. It aimed to position a priority change in the prevailing development model, based on the preservation of fundamental environmental goods and services for life Earth, and to the co-responsibility of the State in this objective globally. This initiative sought the support of the international community on the decision of the State to not exploit the "Ishpingo - Tiputini - Tambococha" (ITT) oil field, located in the northeast of the Yasuní National Park in the Ecuadorian Amazon, where there are proven reserves of crude oil of at least 920 million barrels. These measures represented for the Ecuadorian economy, to renounce to a potential income of 7,000 million dollars while avoiding the emission into the atmosphere of approximately 407 million tons of CO2. It was the focal point of the President of Ecuador's speech when he formally presented the initiative to the United Nations General Assembly on September 24, 2007. An outstanding element that, likewise, was intended to be guaranteed with the development of this initiative, was the protection of the rights of indigenous peoples in voluntary isolation, who live mainly within the Yasuní National Park known as the Tagaeri and Taromenane. The non-exploitation of the ITT Block would have strengthened the protection measures implemented by the Government of Ecuador, through the creation of an Intangible Zone that prohibits extractive activities within the perimeter considered an ancestral territory occupied by these peoples. Until August 15, 2013, when President Rafael Correa himself issued the Executive Decree No. 074 that ordained the termination of the escrow created to finance the Yasuní-ITT Initiative, the aim of the initiative had meant an emblem of the country's foreign policy. The support that it had achieved by an increasing number of sectors and social movements at the national level, as well as various states, international organizations, and personalities worldwide, finally did not materialize with the expected economic contribution. According to the records of the initiative, towards the end of its validity, about thirteen and a half million dollars were collected, when the minimum amount of contribution required to leave the oil underground and operate the fund with which they would develop projects of conservation and sustainability, was of 100

million dollars until 2011, and of 3.6 billion dollars in 13 years. Beyond the readings and understandings generated as a result of its termination and the subsequent decision of the Ecuadorian Government to move forward with the plan to exploit Oil Blocks 31 and 43 within the Yasuní National Park, the impulse of the Yasuní-ITT Initiative transcended on the agendas of public policies at national and international levels. Thus, while internally, it led to an unprecedented debate in the population about the advantages and disadvantages of the relationship between extractive activities vs. nature conservation. At an external level, it influenced the exploration of new ways for governments to contribute to agreements on climate change. Its unfulfillment allowed once again the extraction of oil, which, as in the color of the latter, meant deep learning of an ethical dilemma that tears down the conscience of our civilization.

KEY WORDS: Intangible zone, conservation, national interest, indigenous people, renewable resources.

INTRODUCCIÓN

Los discursos y tensiones generados en torno a las actividades extractivas, su influencia en la economía nacional, el impacto sobre el medio natural y el respeto a los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades ancestrales de Ecuador, alcanzaron una especial trascendencia en la disyuntiva que enfrentó al Estado y sociedad civil en el año 2013. En ese entonces hubo que escoger entre la conservación de la biodiversidad presente en el sector del Parque Nacional Yasuní conocido como el ITT, manteniendo la denominada Iniciativa Yasuní-ITT, o extraer el petróleo alojado en su subsuelo para incrementar los ingresos que financiaban buena parte del presupuesto y servicios públicos a cargo del Estado ecuatoriano.

En las siguientes páginas el artículo ofrece una retrospectiva de los factores que incidieron en los hechos y decisiones al inicio de la Iniciativa Yasuní-ITT, así como de aquellos que marcaron su permanencia y finalización. Se comparte, complementariamente, el análisis de los derechos, intereses, argumentos y políticas públicas que se dieron cita durante su ejecución, así como de las repercusiones que dejó.

Con todo ello se intenta contribuir a una necesaria reflexión sobre la ética, prioridades y contrastes del actual modelo de desarrollo.

1. CONTEXTO DE LA INICIATIVA

1.1. Contexto nacional

Desde la década del setenta del siglo XX, cuando se profundiza el desarrollo de la actividad hidrocarburífera y su protagonismo en el financiamiento de la economía nacional, los conflictos socioambientales generados entre empresas, Estado y comunidades fueron escalando progresivamente. La ubicación de los yacimientos petroleros dentro de la región amazónica del país, caracterizada por la presencia de pueblos ancestrales, reducidos grupos de colonos y una megadiversidad de ecosistemas, especies y recursos genéticos, agudizaron dicha tensión. Sin embargo, el contundente ingreso de divisas que reportó la explotación y comercialización hidrocarburífera inclinó rápidamente la balanza. Las exportaciones del orden de los 190 millones de dólares de 1970 pasaron a más de 1300 millones de dólares en 1977. El presupuesto del gobierno central pasó del orden de los 5000 millones de sucres en el 70 a los 27000 millones en 1977, el PIB aumentó de 1062 millones de dólares a 13946 millones de dólares en el mismo periodo, la RMI de 55 millones de dólares a 563 millones de dólares (Velasteguí, 2004). Un factor determinante para este escenario, fue el alto precio del petróleo en el mercado mundial.

Con fluctuaciones de por medio, durante las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, y la primera década de este siglo, la economía ecuatoriana tuvo como su principal fuente de ingreso a las exportaciones petroleras, representando un promedio del 26% al 34% del total de ingresos del sector público no financiero (Ministerio de Economía y Finanzas, 2016). En este lapso, la política económica del país estuvo estrechamente sustentada en la política de recursos naturales y en el quehacer de la política exterior en lo concerniente al relacionamiento internacional y la promoción de mercados. De igual manera, se destacó el crecimiento de la deuda externa, cuyo montó pasó de $260.8 millones de dólares en

1971 a $10.214 millones de dólares en el 2006. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2016)

De manera paralela, a lo largo de las décadas comentadas se presentaron en el país sucesivos episodios de conflictividad social, especialmente a partir del retorno al sistema democrático en el año 1979. Las demandas sociales por los niveles de pobreza, costo de la vida, desempleo y acceso a servicios básicos, principalmente, fueron liderados por los gremios de trabajadores, pero desde 1990 la movilización social se consolidó con la protagónica presencia del movimiento indígena organizado. Uno de los aportes que dieron los pueblos indígenas en este periodo fue la visibilización de los estragos que causaba la explotación de recursos no renovables en sus territorios ancestrales, tanto en la salud de sus familias como en la conservación de las fuentes de agua y la biodiversidad. Esta situación fue precisamente el telón de fondo para que el 3 de noviembre de 1993, 75 personas, entre colonos e indígenas Cofanes, Secoyas y Kichwas de las provincias de Orellana y Sucumbíos, mediante una "acción de clase", presentaran una demanda contra la petrolera Texaco en la Corte del Distrito Sur de Nueva York, acusándola de haber contaminado el ambiente y afectado a la salud de la gente debido al uso de tecnología barata y obsoleta durante la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana (1964 hasta 1990).

Unas de las respuestas que promovió el Estado para atender la mencionada conflictividad generada por la explotación de los recursos del subsuelo, fue el paulatino desarrollo de una institucionalidad y normativa de protección del ambiente. Se destaca la expedición de la Ley de Zonas de Reservas y Parques Naturales (1971), la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (1981) y la creación del Instituto Nacional Forestal y de Conservación de Áreas Protegidas (INEFAN) en 1992; igualmente la reforma constitucional del año 1983, que por primera vez incluyó el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación (Serrano, 1988); la creación del Ministerio de Medio Ambiente (1996), luego llamado Ministerio del Ambiente, y la expedición de la Ley de Gestión Ambiental (1999). El instrumento de política pública ambiental más

significativo, orientado a tutelar los espacios naturales y la biodiversidad fue la declaración de áreas naturales protegidas sobre determinados espacios del territorio con el fin de reconocer sus atributos biológicos y preservarlos del impacto de actividades humanas. Si bien el Parque Nacional Galápagos había sido la primera área protegida creada en Ecuador en 1936 y la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales promovió la declaración de varios espacios naturales bajo esta categoría de manejo, la protección que con ellas se buscaba se potenció con el establecimiento del Patrimonio de Áreas Naturales del Estado (PANE, 1981) que precisó las limitaciones de derechos reales sobre dichas áreas y la exclusión de actividades que las degraden.

La creación de áreas naturales protegidas entre los años sesenta y setenta coadyuvó al objetivo de la conservación, no obstante, en ese entonces no estuvieron articuladas a la tutela de los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, cuyos territorios también estaban amenazados por el avance de la frontera petrolera. Fueron las movilizaciones de estos últimos, especialmente durante la década de los noventa del siglo pasado, las que originaron una respuesta del Estado con medidas como la adjudicación de títulos de propiedad colectiva de la tierra en sus territorios ancestrales[1], o el reconocimiento de la posesión ancestral de los mismos en la Constitución ecuatoriana de 1998.

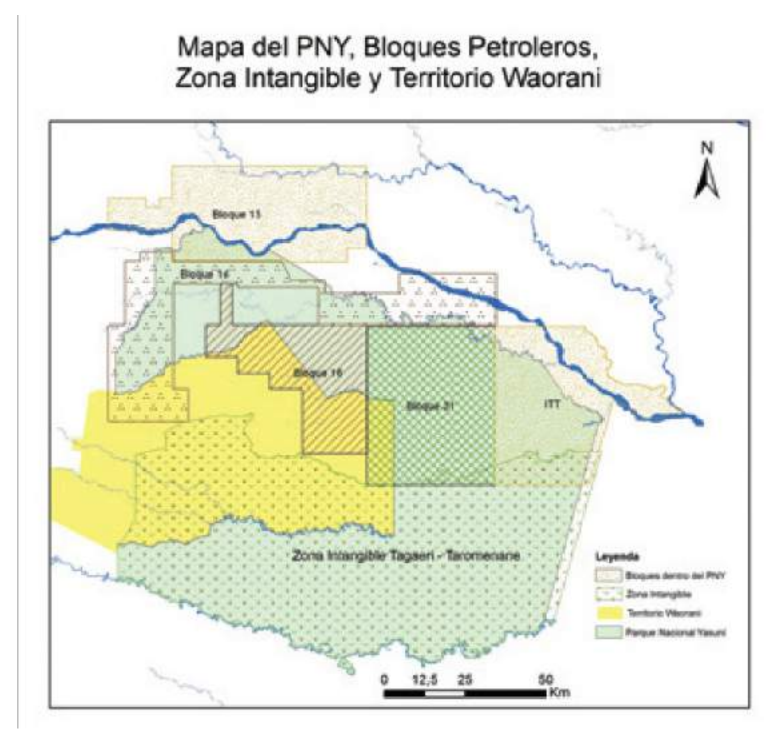
En este contexto, el 26 de julio de 1979 (AM-322, 1979) se produjo la declaración del área protegida denominada Parque Nacional Yasuní (PNY), con una extensión superior a un millón de hectáreas, en el centro norte de la Amazonía ecuatoriana. Considerada como una de las zonas más biodiversas del planeta, en el mundo científico se la catalogó como un Refugio del Pleistoceno. En 1989 el PNY y su área de influencia fueron declarados por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) como Reserva de Biosfera debido a su valor biológico y cultural. Dentro del Parque y sus alrededores

1 Fue, por ejemplo, el caso del título de dominio colectivo adjudicado por el Gobierno Nacional a la Nacionalidad Waorani, por el cual se les traspasó la propiedad de 612.560 hectáreas contiguas al Parque Nacional Yasuní.

habitan las nacionalidades indígenas Waorani, Kichwa, Shuar y grupos indígenas aislados Tagaeri y Taromenane (Ministerio del Ambiente, 2011). Debido a la presencia de estos últimos, una parte de su extensión y espacios contiguos fueron declarados por el Gobierno ecuatoriano como Zona Intangible Tagaeri-Taromenane (ZITT, 1999 - 2007), esto es, un espacio destinado a la protección de los derechos de dichos pueblos y las condiciones naturales existentes.

Más allá de la declaratoria del PNY y del reconocimiento estatal a los territorios ancestrales del Pueblo Waorani, entre los años 1985 y 1997 el Gobierno ecuatoriano licitó y adjudicó los bloques petroleros 14, 15, 16 y 31, con presencia en diferentes sectores de dicha área protegida y territorio ancestral (Ministerio del Ambiente, 2011). El desarrollo de las fases de la actividad extractiva en esos bloques no estuvo exento de tensiones y cuestionamientos provenientes de diferentes sectores sociales y, sobre todo, de los pueblos y nacionalidades indígenas que se sintieron afectados. Un elemento clave de esta situación fue la aplicación del procedimiento de la consulta previa libre e informada que aquellos demandaron como su derecho. Mediante este mecanismo, exigieron ser informados y consultados sobre la pertinencia de la adopción de una decisión estatal que permitiera la actividad extractiva en sus territorios, y a que ésta solamente se dé siempre y cuando se obtenga de manera previa su consentimiento (Hernández y Varillas, 2005). Variadas interpretaciones jurídicas se han enfrentado para explicar el alcance de este procedimiento y las connotaciones que tiene para la soberanía del Estado sobre los recursos del subsuelo, el reconocer como prerrequisito para su explotación la consulta previa y el consentimiento de los pueblos ancestrales que habitan la zona que se desea dedicar a la actividad hidrocarburífera.

Gráfico 1: Mapa del PNY, Bloques Petroleros, Zona Intangible y Territorio Waorani



Fuente: Ministerio del Ambiente, Plan de Manejo del PNY (2011)

Concomitante a las fricciones suscitadas en torno a las actividades extractivas, particularmente en la Amazonía ecuatoriana y los esfuerzos desarrollados para la conservación de espacios naturales como el PNY, entre las décadas del 70 del siglo pasado y la primera de este siglo, se presentaron ciclos de bonanza y crisis económica teniendo como un común denominador a la notable influencia de los ingresos petroleros. De la misma forma, se fue posicionando en la conciencia nacional la importancia del derecho a un ambiente sano como un componente insoslayable de una buena calidad de vida o del Buen Vivir, como lo denomina la Constitución ecuatoriana aprobada en el 2008. Aún más, en este tiempo la

sociedad civil ecuatoriana y las políticas públicas se vieron imbuidas de la creciente conciencia mundial sobre el cambio climático y los límites de un modelo de desarrollo basado en el agotamiento de los recursos naturales, ante lo cual han explorado nuevas formas de tutela de los derechos en juego. A estas preocupaciones se sumaron las protestas de comunidades campesinas, pueblos y nacionalidades por su derecho a acceder a los recursos hídricos y al agua para consumo humano.

La profunda crisis económica que vivió el país, evidenciada principalmente durante el año 2000, y el severo desgaste de credibilidad de la población en el sistema político fueron también elementos claves para generar procesos de cambios en la esfera gubernamental y en las bases del Estado de Derecho. Ante ello, la respuesta que quiso darse para oxigenar la desgastada institucionalidad estatal con la expedición de la Constitución ecuatoriana de 1998, no prosperó. Fue entonces necesario promover una nueva Asamblea Nacional Constituyente entre los años 2007 y 2008, para dar paso a la vigésima Constitución del país y permitir la redefinición de una serie de principios, derechos y garantías, entre los que se destacaron el reconocimiento del derecho humano al agua, los derechos de la naturaleza, la realización del buen vivir y el Sumak Kawsay[2] como objetivos del modelo de desarrollo del Estado.

Tabla 1: Evolución de principales cuerpos legales con disposiciones de protección ambiental

2 "El *sumak kawsay*, o vida plena (...) Alcanzar la vida plena es la tarea del sabio y consiste en llegar a un grado de armonía total con la comunidad y con el cosmos". Plan Nacional para el Buen Vivir (2009-2013)

Año	Cuerpo legal
1971	Ley de Zonas de Reservas y Parques Naturales
1976	Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental
1981	Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre
1983	Reforma a la Constitución Política de la República
1998	Ley Orgánica de Régimen Especial de Galápagos Constitución Política de la República
1999	Ley de Gestión Ambiental
2000	Reforma al Código Penal (de los delitos ambientales)
2008	Constitución de la República
2014	Código Orgánico Integral Penal
2018	Código Orgánico del Ambiente

1.2. Contexto Internacional

A lo largo del siglo XX y en lo que va de este siglo, el Estado ecuatoriano ha sido un permanente actor presente en la gran mayoría de convenciones y conferencias internacionales en las cuales las comunidades de Estados han adoptado diferentes instrumentos internacionales relacionados con el reconocimiento de derechos humanos, así como con la protección del ambiente y la biodiversidad. Esta labor ha sido coordinada de forma prolija y profesional por la Cancillería ecuatoriana y sus correspondientes misiones

diplomáticas. Dicha participación ha sido consecuente con la progresiva y creciente preocupación mundial por el deterioro de las condiciones naturales, la extinción de las especies y, especialmente, el cambio climático.

En este contexto, las Conferencias de Naciones Unidas sobre el ambiente y el desarrollo convocadas a partir de 1972 en Estocolmo, han sido los principales referentes de la situación de la biósfera, los problemas que la aquejan y los compromisos asumidos para superarlos por parte de los representantes de los Estados. Hacia 1992, en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, se destacaron las conclusiones a las que había llegado la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, las mismas que fueron plasmadas en el libro "Nuestro Futuro Común" ("Informe elaborado por la Comisión liderada por la primera ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland, y presentado en marzo de 1987 a la ONU", 1987), también conocido como el Informe Brundtland. (Cuervo, 1997) Entre las reflexiones de este informe, se destacó el rápido aumento de las demandas de energía y el hecho de que, si la satisfacción de las mismas se basaba en el consumo de recursos no renovables los ecosistemas no serían capaces de resistirlos. Sobre esta base y otras evidencias identificadas por la Comisión, el informe exhortó a los gobiernos a actuar con responsabilidad para adoptar un desarrollo que sea sostenible económica y ecológicamente.

Fruto de la Cumbre de Río, se suscribieron instrumentos como la Convención Marco sobre Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El primero de ellos, estableció los compromisos de los Estados, especialmente de los desarrollados, para reducir sus emisiones de CO2 a límites que contribuyan a mitigar y adaptarse a los efectos del cambio climático. Mientras en el segundo se definieron mecanismos para la conservación de los ecosistemas, las especies y los recursos genéticos, recalcándose el compromiso de los Estados a mantener sistemas de áreas protegidas para la conservación de la diversidad biológica y el reconocimiento de los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y locales.

Hay que recordar también que, con anterioridad a los instrumentos indicados, el Ecuador se había adherido a la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (1940), la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (1971) y la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972). Todos estos instrumentos fueron factores claves que incidieron en la generación de normas, instituciones y políticas nacionales de conservación.

Debe igualmente resaltarse el desarrollo de instrumentos internacionales que han reconocido los derechos colectivos de pueblos indígenas y ancestrales. Es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en septiembre de 2007. En estos, se incluyen compromisos de los Estados para respetar el ejercicio de los derechos humanos y libertades de estos pueblos, incluyéndose la tutela del derecho a sus tierras o territorios ancestrales, a no ser desplazados de los mismos y la obligación de los Estados de que se adopten mecanismos jurídicos que los garanticen.

No obstante, la importancia de los hitos que han representado la celebración de estos instrumentos internacionales para la conservación de la biodiversidad y los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, el último cuarto del siglo pasado revela también un acelerado proceso de globalización de la economía, caracterizado por la liberalización de las barreras comerciales y el establecimiento de grandes mercados internacionales, dominados por empresas transnacionales. En este contexto, el intercambio comercial ha mantenido una preminencia del precio de los productos manufacturados sobre los productos básicos principalmente ofrecidos por los países en desarrollo. El único escenario que ha desentonado en esta dinámica, ha sido el mercado del petróleo, cuya volatilidad de los precios ha marcado el desarrollo de las economías dependientes del mismo. Como consecuencia, la

primera década del siglo XXI muestra indicadores que, pese al crecimiento de los mercados, dan cuenta del mantenimiento de condiciones de inequidad en la calidad de vida de la población y un abuso de la explotación de materias primas en los países del llamado sur global.

Otro factor gravitante del contexto internacional en el periodo antes comentado, ha sido la importante ascendencia del capital financiero en la dinámica económica de los países desarrollados y en vías de desarrollo. Caracterizado por una alta inestabilidad, el mercado financiero destinó grandes flujos de capital a la región de Latinoamérica y el Caribe entre las décadas de los setenta y ochenta, contrayéndose durante los noventa. Este proceso generó una pesada deuda externa acompañada de severas medidas de ajuste en las economías de dichos países. Sin embargo, durante la primera década de este siglo también se presentaría una crisis sistémica del mercado financiero con profundas repercusiones sobre las economías desarrolladas, como resultado del irregular comportamiento de las grandes entidades bancarias (Torres, 2015), afectando gravemente a la población de esos países y colateralmente a los países en desarrollo.

Tabla 2: Principales instrumentos internacionales adoptados por Ecuador sobre conservación y derechos de pueblos indígenas

Año	Instrumento Internacional
1940	Convención para la protección de la flora, de la fauna y de la bellezas escénicas naturales de los países de América
1971	Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (RAMSAR)
1972	Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural aprobada por la UNESCO
1973	Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)
1989	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

1992	Convenio de Naciones Unidas sobre la diversidad biológica
1996	Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones: Régimen común de acceso a los recursos genéticos
2007	Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas

Fuente: Elaboración propia.

2. LA DEUDA ECOLÓGICA

Como contrapartida a los efectos de la deuda externa de los países latinoamericanos en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX, y a las exigencias que acreedores y organismos financieros multilaterales planteaban a dichos Estados para que se imprimieran ajustes macroeconómicos que les permitan cumplir con sus obligaciones crediticias, en ciertos sectores académicos y sociales se empezaba a debatir sobre la viabilidad del pago de las mismas, su trasfondo ético y la necesidad de buscar una salida de carácter político. Desde entonces se lanza como una propuesta la de equiparar la deuda externa de los países en desarrollo, con la deuda ecológica que correspondería pagar a los países del llamado "Norte" a favor de los países del "Sur", en razón de un desigual intercambio comercial. Estos últimos, históricamente han exportado productos sin incluir en los precios los daños ambientales producidos local o globalmente. En esos daños ambientales también deberían incluirse los costos de restauración y las afectaciones a la salud humana. En la práctica, dichos productos se han venido intercambiando por productos o servicios de rápida fabricación lo que ha generado un comercio ecológicamente desigual. (Martínez, 1997)

Más allá de las limitaciones de orden técnico y jurídico que impedirían realizar una cuantificación precisa del monto al que ascendería la deuda ecológica de los países desarrollados, este planteamiento sirvió para ampliar el debate respecto a las responsabilidades y corresponsabilidades de los impactos sociales y ambientales que dejaron las medidas de ajuste en Estados como los latinoamericanos, durante el último

cuarto del siglo veinte. Además, ha servido para enfocar las discusiones de las conferencias internacionales sobre cambio climático respecto a los compromisos que deben asumir los países desarrollados por la mayoritaria emisión de los gases de efecto invernadero que han generado sus procesos productivos y la presión que han ejercido sobre los recursos del planeta para sostener sus niveles de consumo.

Un factor importante de esta discusión fue, sin duda, resaltar la contribución que ofrecen los servicios ambientales que prestan los bosques nativos y ecosistemas naturales que se han mantenido conservados en territorios de los países en vías de desarrollo. Tales servicios, conocidos también como aquellos que prestan los ecosistemas, son los beneficios proporcionados por los sistemas naturales a las sociedades humanas a través de la regulación del clima, fijación de carbono, fertilidad del suelo, polinización, filtración de contaminantes, provisión de agua limpia, control de las inundaciones, recreación y valores estéticos y espirituales. (Daily, 1997)

Datos como los extraídos de estudios sobre la cuenca del Río Amazonas, revelan que a pesar de representar el 6% de la superficie de la Tierra, esta subregión abarca más de la mitad del bosque húmedo tropical, representando el 15% del proceso global de fotosíntesis y aportando con sus ríos alrededor del 20% del agua dulce del planeta en los océanos (Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, OTCA, 2020). Dichas contribuciones al clima y equilibrio ecológico mundial, no han sido valoradas ni compensadas económicamente.

De manera específica, en lo que refiere al PNY, igualmente son varias investigaciones científicas las que han identificado las valiosas propiedades biológicas que se encuentran en sus ecosistemas. Con más de 100 mil especies de insectos por hectárea, 270 de peces, 139 de anfibios, 121 de reptiles, 610 de aves, 204 de mamíferos y 2 274 de plantas vasculares, el PNY es reconocido como una de las zonas más megadiversas del planeta (Estación Yasuní, PUCE). La valoración económica de sus servicios ambientales ha sido estimada por la organización estadounidense Earth Economics en 9.886 millones de dólares. (Larrea, 2017)

3. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Hacía inicios de la primera década del siglo XXI, los avances constitucionales y legales que había conseguido la legislación ecuatoriana para la protección del ambiente, así como el establecimiento de una institucionalidad nacional específica para velar por su aplicación, generaban efectos positivos en el desarrollo de políticas públicas de tutela ambiental tanto en el nivel nacional, como a nivel de los gobiernos locales. (Hernández, 2017) No obstante, en la práctica estos esfuerzos lucían insuficientes para detener o controlar los daños causados por la actividad extractiva a nivel de la región amazónica, los cuales se mantenían y acumulaban convirtiéndose en pasivos ambientales no internalizados en las cuentas nacionales ni en el Presupuesto del Estado. La dependencia estructural de la economía a los ingresos por la exportación de materias primas como el petróleo, presionaban a los gobiernos de turno a relanzar rondas internacionales de licitación de nuevos campos petroleros en la misma Amazonía ecuatoriana.

Si bien la Constitución ecuatoriana de 1998 tutelaba el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, y la Ley de Gestión Ambiental restringía la explotación de recursos no renovables en áreas protegidas a casos excepcionales por interés nacional, los impactos por contaminación provocados a causa de actividades extractivas se repetían aún dentro de varias áreas protegidas. Un ejemplo de esta situación fue precisamente el caso del PNY, en cuyo interior se realizó la adjudicación del Bloque perolero 31 a la empresa brasileña PETROBRAS, actualmente operado por la empresa estatal PETROAMAZONAS. Esta realidad daba cuenta de las limitaciones del marco legal y de las políticas públicas para la protección del ambiente incluso en los espacios considerados más sensibles y patrimoniales, frente al peso que ejerció en las decisiones estatales la captación de mayores ingresos económicos provenientes de la actividad hidrocarburífera. Si bien no se habían realizado estudios precisos de valoración del costo-beneficio entre los impactos de dicha actividad, especialmente por la pérdida de biodiversidad, y los beneficios de la extracción y venta del crudo, el discurso

que prevalecía al final del día era el del ejercicio de la soberanía sobre los recursos del subsuelo para privilegiar el ingreso proveniente de la actividad hidrocarburífera en beneficio del presupuesto estatal y el financiamiento de las políticas sociales, por encima de los impactos ambientales generados por esa actividad.

No se había tampoco realizado una valoración económica de los servicios ambientales que prestan los ecosistemas naturales, ni dimensionado la trascendencia que tiene para el sostenimiento de la vida el mantenimiento de los procesos, funciones y ciclos de la naturaleza. Se priorizaba la intervención sobre el ambiente para el uso y aprovechamiento de sus recursos, entendiendo que éste solo era un conjunto de bienes susceptibles del derecho del dominio y del comercio, y un medio para garantizar el bienestar material del ser humano. Esta mirada antropocéntrica, característica del Estado y civilización occidental, hacía caso omiso de los saberes ancestrales de pueblos y nacionalidades para quienes el agua, el bosque, la tierra, son seres sagrados que no le pertenecen a ninguna persona o pueblo, sino a la madre naturaleza o Pacha Mama, como se la conoce en la lengua indígena kichwa.

Estas problemáticas no resueltas del país profundo, fueron puestas en el centro del debate nacional que generó la Asamblea Nacional Constituyente del 2008. Como resultado, el nuevo texto constitucional aprobado en referéndum por la población, incluyó el reconocimiento de que la Naturaleza o Pacha Mama es un sujeto de derechos y que éstos tienen el mismo valor y jerarquía que los derechos humanos tutelados en la Carta Fundamental. Igualmente, se aprobó que los servicios ambientales no son susceptibles de apropiación y que únicamente el Estado pueda regular su producción, prestación, uso y aprovechamiento. Además, se elevó al rango constitucional el mantenimiento de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas garantizando la intangibilidad de los espacios que lo integran y estableciendo la prohibición de que en ellos se puedan desarrollar actividades extractivas de recursos no renovables, salvo por excepción cuando lo solicite el Presidente de la República y lo apruebe la Asamblea Nacional,

la cual podría llamar a consulta popular a fin de adoptar la correspondiente decisión.

El reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza colocó al Ecuador en la vanguardia de los Estados que tutelan los procesos, funciones y ciclo naturales necesarios para la vida y fue una señal de respaldo a las iniciativas de conservación que habían estado en marcha, así como para el desarrollo de nuevas iniciativas entre las que se encontraba la de dejar el petróleo bajo tierra en la zona del PNY conocida como el ITT.

4. EL PETRÓLEO BAJO TIERRA POR LA CONSERVACIÓN

El 24 de septiembre de 2007, ante la Asamblea de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, el Presidente del Ecuador, Rafael Correa, hizo la presentación de la Iniciativa Yasuní- ITT. En su discurso el primer mandatario destacó que el Estado ecuatoriano es marginal en términos de emisiones de CO2 (menos del 1% del total mundial), sin embargo de lo cual debía implementar medidas de adaptación al cambio climático que suponían una fuerte carga para el presupuesto estatal. Al respecto, hizo referencia a estimaciones del Banco Mundial, según las cuales los países en desarrollo podrían gastar un aproximado de 40.000 millones de dólares para afrontar los embates del clima en los próximos años. En ese sentido, subrayó el Presidente ecuatoriano, no se necesitaban más créditos para la adaptación, pues estos aumentarían el peso de la deuda externa; lo que sí sería necesario, enfatizó, era una compensación por los daños causados debido a la desproporcionada cantidad de emisiones, tanto histórica como actual de los países industrializados.

Con esta argumentación, en la referida cita el Presidente del Ecuador propuso que el país se comprometería a no explotar cerca de 920 millones de barriles de petróleo ubicados en el subsuelo del PNY, con lo cual se evitaría la emisión de alrededor de 400 millones de toneladas de carbono provenientes de la quema de petróleo. Dicha decisión le costaría al Estado prescindir de un ingreso potencial anual de 720 millones. Para que se concrete este ofrecimiento, Ecuador

solicitaba la corresponsabilidad de la comunidad internacional a través de la compensación de los bienes ambientales que generaría esta iniciativa en beneficio de todo el planeta. En total, la compensación solicitada ascendería a 4.600 millones de dólares que servirían para proteger la biodiversidad del Yasuní, garantizar los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario que ahí habitan y evitar las emisiones de dióxido de carbono.

Posteriormente, mediante el Decreto Ejecutivo No. 847 del 2 de enero de 2008, el Gobierno Nacional creó un Fideicomiso Mercantil a través de la Corporación Financiera Nacional, para que recepte los aportes públicos y privados, nacionales e internacionales, destinados a financiar la Iniciativa Yasuní-ITT. Seguidamente, a través del Decreto Ejecutivo No. 882 del 27 de enero de 2008, se creó una Secretaría Técnica de la iniciativa a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores y un Consejo Interministerial como órgano de apoyo. A su vez, mediante Decreto Ejecutivo No. 1227 de 27 de julio de 2008, se dio la primera ampliación de plazo para la concreción de la iniciativa hasta el 31 de diciembre del mismo año, y se creó un Concejo Administrativo responsable de definir las políticas y estrategias, así como de supervisar a la Secretaría Técnica, luego denominada Unidad de Coordinación, e informar de los avances al Presidente de República.

El Consejo Administrativo desarrolló una serie de actividades encaminadas a dar soporte conceptual, técnico y financiero a la iniciativa, así como a promocionarla a nivel nacional e internacional. De acuerdo a este órgano, los objetivos de la iniciativa eran: 1) Combatir el calentamiento global, evitando la explotación de combustibles fósiles; 2) Proteger a la biodiversidad y a los pueblos en aislamiento voluntario; y 3) Promover el desarrollo social, la conservación de la naturaleza y la implementación de fuentes renovables de energía. (Larrea, 2009) Para conseguirlos, este órgano propuso la creación de un fondo de capital administrado por un fideicomiso internacional con la participación del Estado, la sociedad civil y los donantes. El fondo se capitalizaría con contribuciones provenientes de aportes voluntarios y transacciones en el mercado de carbono. En el caso de los aportes, se esperaba que los hicieran gobiernos y organismos multilaterales, organizaciones de la sociedad civil,

empresas con responsabilidad social y ambiental, y ciudadanos del planeta en general. En tanto que los aportes del mercado de carbono provendrían de la negociación de Certificados de Garantía Yasuní (CGY), que representarían emisiones no emitidas de carbono, basados en la garantía del Estado ecuatoriano de mantener el petróleo bajo tierra de manera indefinida.

Según estimaciones del Consejo Administrativo, la Iniciativa Yasuní-ITT abarcaría un aproximado de 407 millones de toneladas de dióxido de carbono no emitido. Considerando el índice WTI del precio por barril de petróleo equivalente a $61,21, se calcula que las utilidades que dejaría de percibir el Ecuador serían de $6.979 millones de dólares. Con el capital del fondo, se financiarían proyectos de energía renovables de tipo hidroeléctrico, eólico, geotérmico y solar, con lo que se contribuiría a superar la dependencia de la quema de recursos fósiles que representaban el 47% de la energía que genera el país. Mientras tanto, los intereses del fondo se orientarían a: 1) Conservación de 40 áreas protegidas; 2) Reforestación, aforestación, regeneración natural y manejo de un millón de hectáreas de bosques; 3) Aumento de eficiencia energética; 4) Desarrollo de programas sociales de educación, salud y empleo productivo y sustentable. (Larrea, 2009)

A través del concepto de emisiones no emitidas (ENE) de carbono, la Iniciativa Yasuní-ITT se convertía también en una experiencia pionera a nivel de las discusiones internacionales de cambio climático y de los mecanismos reconocidos hasta ese momento en el mercado de carbono. Se aplicaba principalmente para los países en vías de desarrollo que posean espacios megadiversos en su territorio y deseen evitar de manera indefinida la explotación de combustibles fósiles.

Para constituir el fideicomiso internacional que administre el fondo de la iniciativa, se buscó el apoyo del Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El compromiso entre el Estado ecuatoriano y este organismo se intentó concretar hacia diciembre de 2009, no obstante, las diferencias respecto a las condiciones del acuerdo inicial anunciadas por el Presidente de la República, hicieron que se

volvieran a renegociar sus términos. El memorando de acuerdo finalmente se firmó en Quito, el 9 de agosto de 2010. Con base a este instrumento y las coordinaciones realizadas a nivel del Gobierno, se estableció que el fondo respondería a la siguiente estructura:

- Un Comité Directivo integrado por seis miembros: tres delegados del Gobierno Nacional, uno de los cuales lo presidiría; dos delegados por los donantes y un delegado del PNUD[3].

- Un Comité Político, integrado por varios ministros designados por el Presidente de la República para orientar las actuaciones de los equipos técnicos de negociación;

- Una Secretaría Técnica responsable de implementar las decisiones del Comité Directivo;

- Una Entidad Coordinadora Gubernamental

- Un Agente Administrativo del Fondo, a cargo de PNUD a través de su Oficina del Fondo Fiduciario de Partenariados Múltiples (MPTF Office), como responsable del manejo financiero de los recursos captados por el Fideicomiso. (Fondo Yasuní ITT, 2011)

5. LA CAMPAÑA INTERNACIONAL DE LA INICIATIVA

Desde su planteamiento originario la Iniciativa Yasuní-ITT buscó la corresponsabilidad de la comunidad internacional de Estados y ciudadanía en general para participar en la compensación económica que permitiría al Ecuador mantener de manera indefinida el petróleo bajo el suelo del PNY, renunciando a los potenciales ingresos por la explotación y

3 En el primer año de funcionamiento del Fondo, el Comité Directivo estuvo integrado por la Ministra Coordinador de Patrimonio, Ministro Coordinador de los Sectores Estratégicos y el Ministro de Planificación y Desarrollo Nacional (SENPLADES)), representantes de los Gobiernos de Italia y España), un indígena Waorani como representante de la sociedad civil ecuatoriana, el Representante Residente del PNUD/Coordinador Residente de las NN.UU. y el Coordinador Ejecutivo de la MPTF Office del PNUD.

comercialización del crudo. En esta búsqueda, era clave la gestión que desplieguen las estructuras creadas por el gobierno ecuatoriano para promocionar los beneficios de la iniciativa y generar la conciencia en los potenciales donantes, así como la confianza necesaria en el esquema del Fondo.

Igualmente, se requería insertar el concepto de las ENE dentro de los instrumentos concebidos en el marco del Protocolo de Kyoto y las Conferencias de Cambio Climático (COPs).

El escenario para hacerlo fue la 16º. COP celebrada durante el 2010 en Cancún, México; allí la delegación ecuatoriana expuso la Iniciativa Yasuní-ITT y los argumentos científicos y económicos que demostraban la viabilidad de las ENE como un mecanismo adicional a otros como el Mecanismo del Desarrollo Limpio (MDL) o como el Programa de las Naciones Unidas para la Reducción de Emisiones causadas por la Deforestación y la Degradación de los Bosques (Programa UN-REDD) (Ferrín y Sánchez, 2017). Similar planteamiento del país fue llevado más adelante ante la Conferencia de Naciones Unidas conocida como "Río+20" celebrada en el 2012 en la ciudad de Río de Janeiro, así como en la V Expo de Naciones Unidas sobre desarrollo Sur-Sur, efectuada el mismo año en Viena, obteniendo en esta última el premio "Liderazgo visionario y triangular 2012" otorgado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Cooperación Sur-Sur.

De acuerdo a la información proporcionada por los miembros del primer Consejo Administrativo de la Iniciativa, hacia inicios del 2010, se habría obtenido que Alemania, España y Bélgica ofrezcan aportar entre 972 millones y 1232 millones de dólares, durante trece años, así como Francia y Suecia lo habrían hecho por un monto de 532 millones de dólares, lo que sumados representaría aproximadamente un 49% del objetivo planteado hasta finales de ese mismo año (El Comercio, enero, 2010). Posteriormente, el Informe Anual 2011 del Fondo Fiduciario Yasuní ITT, dio cuenta de que las contribuciones comprometidas, aportes en proceso y depósitos, alcanzaron ese año un poco más de US$ 65 millones.

Tabla 3: Compromisos concretos a fin de 2011 (Dólares EE.UU.)

Contribuyente	**Monto**
Gobierno de Italia	50,872,000
Gobierno de España	6,850,000
Gobierno de Colombia	100,000
Gobierno de Perú	300,000
Gobierno de Turquía	100,000
Gobierno Regional de Wallonia	2,018,567
Región de Rhône-Alpes	218,000
Departamento de Meurthe-et-Moselle	58,000
CAF (Banco de Desarrollo de América Latina)	1,000,000
Dr. Nina Chen y Kirat Singh	150,000
Everfresh (Turquía)	630,000
Sr. Héctor Delgado	50,000
CampañaYasunízate	2,934,876
Total	**65,281,443**

Fuente: Informe Anual del Fondo Fiduciario Yasuní ITT (2011)

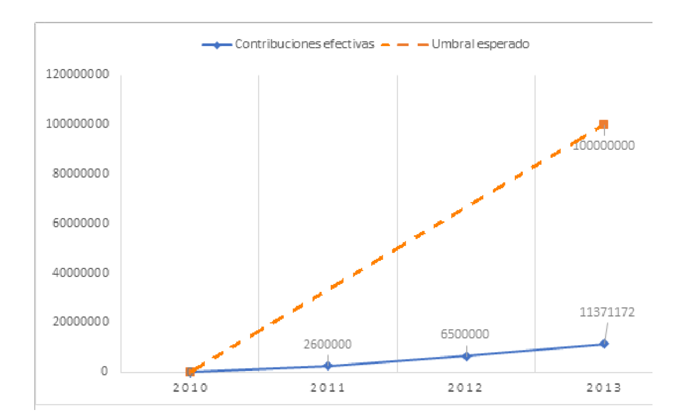
Sin embargo, el mismo informe reconoció que durante ese año el total acumulado de contribuciones efectivas ascendió a US$ 2.6 millones.

Para el levantamiento de fondos se desarrollaron varias estrategias comunicacionales y diplomáticas. Los públicos objetivos fueron donantes a nivel internacional y nacional. Para ello se priorizó la organización de reuniones de alto nivel con organismos internacionales y primeros mandatarios de varios países, así como se gestionó pronunciamientos de la comunidad científica a nivel de artículos de opinión y respaldos a la iniciativa. Lo propio se hizo para contar con el apoyo a nivel de prensa y televisión internacional, a fin de que se difundieran artículos y vocerías favorables al planteamiento de la Yasuní-ITT. La oficina MPTF del PNUD puso en marcha una red basada en el

botón "Donate Now" para recibir donaciones de particulares, recibiéndose en el 2011 los aportes de cuatrocientas veintiuna personas de 28 países por valores que fueron desde 2 hasta 1.000 dólares.

En el ámbito nacional, talvez la actividad de promoción más emblemática fue la Campaña "Yasunízate" que captó las contribuciones de ciudadanos de todas las provincias del país, por un monto aproximado de 3 millones de dólares que fueron depositados en la cuenta del Fondo Fiduciario Yasuní ITT. El Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador emitió a favor de los donantes los correspondientes Certificados de Garantía Yasuní. El costo anual de la administración del Fondo en el 2011 fue de aproximadamente 312.000 dólares.

A finales de 2012, el total de contribuciones efectivamente recibidas ascendió a 6 y medio millones de dólares. Estas fueron aportadas por 18 contribuyentes, entre ellos los gobiernos de: Chile, Colombia, Georgia, España, Italia y Turquía, los gobiernos regionales de Wallonia (Bélgica), Meurthe-et-Moselle (Francia), Rhône-Alpes (Francia) y Limousin (Francia); así como ONGs, empresas privadas y particulares (Informe del Fondo Fiduciario Yasuní ITT, 2012). En tanto que, para agosto de 2013, cuando el Gobierno Nacional decide dar por terminada la iniciativa, el monto recaudado por el Fideicomiso Internacional ascendió alrededor de 11 millones de dólares y en el fondo nacional administrado por la Corporación Financiera Nacional se habían recibido contribuciones por un poco más de 2 millones de dólares, esto es, una cifra aproximada total de 13 millones y medio de dólares.



Fuente: Informes del Fondo Fiduciario Yasuní ITT (2012)

6. REACCIONES: AVANCES Y ESTANCAMIENTO

La mayoría de medios de comunicación a nivel nacional e internacional dieron cuenta de una recepción positiva de la Iniciativa Yasuní-ITT cuando esta fue lanzada por el gobierno ecuatoriano a finales del 2017. La irrupción en el poder del Estado en el año 2007, de una nueva fuerza política en el escenario ecuatoriano, con un mayoritario apoyo de la población, así como la aprobación de una nueva Constitución que incluía avances inéditos en el desarrollo de los derechos fundamentales como el derecho al agua, los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades y – sobre todo – los derechos de la naturaleza, generaron una gran expectativa internacional sobre los cambios y propuestas del proceso ecuatoriano.

Igualmente, al lanzarse la iniciativa del petróleo bajo tierra desde un país cuya economía dependía fuertemente del ingreso proveniente de su explotación y comercialización, en una coyuntura de mercado con tendencia al alza en el precio por barril de este hidrocarburo, eran señales de que existía una real voluntad política para llevarla adelante y ofrecer la confianza necesaria a los potenciales donantes del fondo que se proponía crear.

Las expectativas se mantuvieron positivas durante los años 2008 y 2009, en los cuales países europeos como Alemania, Italia, España y Bélgica, hicieron pronunciamientos favorables y hasta anunciaron cifras de potenciales contribuciones a la iniciativa. Un primer escollo en ese entonces, fue el desacuerdo del Gobierno ecuatoriano para suscribir la primera versión del memorando de entendimiento con el PNUD, en diciembre de 2009. La renuncia del Canciller ecuatoriano de ese entonces y de los miembros del Consejo Administrativo de la iniciativa, a causa de las críticas realizadas por el Presidente del Ecuador a los términos en que se había planteado dicho instrumento, fueron un mensaje de inestabilidad e incertidumbre sobre la real voluntad del país de avanzar con este emprendimiento.

Se debe destacar que la positiva aceptación en la población con la que contaba el Gobierno Nacional entre los años 2007 y 2013, era un bastión importante para desarrollar una iniciativa de ruptura en la política energética y ambiental del país como en efecto fue la Iniciativa Yasuní-ITT. No obstante, al provenir la mayoría de contribuciones que se esperaba captar de la comunidad internacional, principalmente de los países desarrollados, los factores que mayormente pesaron en el destino de la misma tuvieron que ver con las coyunturas que atravesaban estos últimos. Dentro de estas condicionantes, la calamitosa situación del sistema financiero de los Estados Unidos y Europa y el efecto que tuvo en sus economías entre los años 2008 y subsiguientes, fue posiblemente una de las más importantes a la hora de atraer toda la atención que se requería de esos países para contribuir con la iniciativa.

Correlativamente a lo anotado, las primera y segunda décadas de este siglo muestran una importante transición en las agendas de la cooperación internacional, en donde muchos de los países tradicionalmente receptores de ayuda dejaron de ser de renta baja o media baja, transformándose las prioridades geográficas para la asignación de recursos (Bonilla M., 2016).

Esta situación no fue ajena para la economía ecuatoriana ni para la propia Iniciativa Yasuní-ITT, pudiendo ser un factor que afectó al éxito de la misma, en la medida en que la cooperación esperada respondía a desiguales colocaciones

geopolíticas de las partes involucradas, y al predominio de intereses y objetivos de desarrollo de los donantes.

Sin embargo, hay otras interpretaciones que han surgido en torno a las causas que impidieron el avance de la Iniciativa Yasuní-ITT, que hacen relación con la misma lógica con la cual fue realizado su planteamiento inicial. Cuando se ofreció el compromiso del país a la comunidad internacional, para mantener el crudo bajo tierra a cambio de una compensación económica que al menos represente el 50% de lo que se obtendría por la explotación y comercialización del petróleo, se estableció implícitamente la necesidad de equilibrar una relación que ha venido beneficiando a una de las partes, pero al mismo tiempo siendo lesiva para la otra. Es el caso de la relación Norte – Sur, donde los beneficios que reportan al planeta los servicios ambientales prestados por espacios naturales como el PNY, no habían sido valorados debidamente en el intercambio comercial internacional dominado por los países desarrollados. Si bien la Iniciativa Yasuní-ITT no planteó como un mecanismo de pago la compensación a la llamada deuda ecológica, sí planteó un principio de justicia ambiental en el que se apeló a la corresponsabilidad de los países desarrollados con una compensación al esfuerzo del Ecuador de haber decidido no explotar el Yasuní para conservar su biodiversidad y proteger a los pueblos ancestrales, a pesar de ser el ITT una parte importante de su mapa petrolero y una potencial fuente de ingresos de su economía.

Si por una parte ese principio de justicia ambiental fue el prisma desde el cual se exhortaba a los potenciales donantes a mirar la importancia de su contribución a la iniciativa, por otra parte el argumento gubernamental de que se daría paso a un “Plan B” en el corto plazo, que sería el inicio de la explotación petrolera en caso de que no se alcance el umbral del apoyo financiero esperado por parte de la comunidad internacional, representaba una eventual contradicción de intereses. Esto pudo ser entendido así, en la medida en que la justicia que buscaba restablecer la parte perjudicada en una relación inequitativa como la antes señalada, no podía fundamentarse en la amenaza de continuar prolongando la dinámica que provocó esa relación injusta. Se trataría entonces de un mensaje equívoco, donde

la fortaleza que tenía la decisión soberana del país de dejar el petróleo bajo tierra para priorizar las condiciones naturales únicas del Yasuní y de los pueblos en aislamiento voluntario que lo habitan, al mismo tiempo se veía debilitada por condicionarla a la voluntad de terceros y a las eventuales ventajas del mercado hidrocarburífero.

Más allá de estos factores y de las interpretaciones que se dieron sobre la forma en que incidieron en el desarrollo de la Iniciativa Yasuní-ITT, las cifras que registraban los informes del Administrador del Fideicomiso internacional en el año 2013, así como las del fideicomiso nacional, demostraban un estancamiento en las estrategias de financiamiento del fondo creado para compensar la decisión de no explotar los bloques petroleros.

7. CONSERVACIÓN VS. EXPLOTACIÓN: UN DILEMA NACIONAL

A cinco años del lanzamiento internacional de la Iniciativa Yasuní-ITT en septiembre de 2013, la recaudación de contribuciones y aportes a los fondos fiduciarios creados para su financiamiento, reflejaban una discreta cantidad muy distante de los montos inicialmente proyectados. Esta circunstancia volvió a poner de relieve un dilema nacional presente en las últimas cinco décadas: conservar la biodiversidad y respetar los derechos de los pueblos ancestrales, o dar paso a la explotación de los recursos del subsuelo, mitigando los impactos que conlleva sobre la naturaleza y el ser humano.

Si bien en los primeros años del "boom" petrolero de la década del setenta del siglo XX, no se evidenció dubitaciones o ambigüedades en la decisión gubernamental de avanzar con la actividad hidrocarburífera, la serie creciente de conflictos socioambientales que le sucedieron y la información que cada vez en mayor cantidad y calidad llegaba a la opinión pública del país sobre los impactos de esta actividad, cambiaron la correlación entre las políticas extractivistas y las conservacionistas. Un ejemplo de ello fue la inclusión en la Constitución del 2008, de la prohibición de extraer recursos del subsuelo en las áreas naturales protegidas, salvo por excepción siempre que

la Asamblea Nacional declare un interés nacional en estos casos. Pero adicionalmente, el mismo texto constitucional hizo hincapié en que la Asamblea Nacional podía convocar previamente a una consulta popular sobre la decisión a adoptar.

Precisamente fue la alternativa de la consulta popular plasmada en la Constitución ecuatoriana, la que matizó el dilema "extracción vs. conservación", que se instaló en la Asamblea Nacional desde el 23 de agosto de 2013, cuando se recibió la comunicación oficial del Presidente de la República solicitando la declaratoria de interés nacional para la explotación de los bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní. La petición presidencial contenida en un documento de 15 páginas, esgrimía diversos argumentos y motivaciones de orden social, ambiental, legal y económico, entre los que se destacaban: (i) la convicción de que había que "usar el extractivismo para salir del extractivismo", (ii) que además la explotación hidrocarburífera había contribuido al desarrollo del país y la provisión de servicios básicos, (iii) que los recursos de dicha actividad permitirían sacar de la pobreza a la población y de la miseria a los pueblos indígenas, y (iv) que había la certeza de que los pueblos en aislamiento voluntario no habitaban en las inmediaciones de los bloques petroleros denominados "ITT", por lo que se estaba cumpliendo con las medidas cautelares que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había impuesto al Estado el 10 de mayo de 2006, para proteger a esos colectivos. Además, el comunicado del primer mandatario hacía énfasis en los estudios de impacto ambiental y planes de manejo con que se contaba para garantizar la reducción al mínimo de los impactos ambientales.

En el pedido del Presidente de la República no se analizaba la relación costo-beneficio entre la conservación de los ecosistemas y servicios ambientales del PNY en la zona del ITT frente a la explotación petrolera; y se mencionaba de manera escueta a la falta de compromiso que habría tenido la comunidad internacional para apoyar a la Iniciativa YasuníITT. Sin embargo, parece claro que este último hecho fue el principal factor al que el Gobierno Nacional de ese entonces atribuyó su decisión final de impulsar la explotación petrolera. Precisamente para ello, apenas una semana antes de enviar

la aludida comunicación al órgano legislativo, el 15 de agosto de 2013 se había expedido el Decreto Ejecutivo No. 73 con el cual se instruía a los delegados gubernamentales a realizar los procedimientos administrativos necesarios para dar por terminados los fideicomisos que se habían creado para financiar la Iniciativa Yasuní-ITT.

En debates realizados el 20 de septiembre y el 3 de octubre del 2013, la Asamblea Nacional discutió y aprobó la resolución que declaraba el interés nacional para la explotación de los Bloques petroleros 31 y 43 dentro del PNY. Si bien el órgano legislativo no optó por convocar a consulta popular, durante ese tiempo se generaron varias movilizaciones sociales, análisis y pronunciamientos de diferentes sectores sobre la conveniencia de dicha actividad. Incluso se produjo una tensión entre el Consejo Nacional Electoral y organizaciones sociales que promovían la iniciativa ciudadana para convocar a una consulta popular sobre la decisión estatal de dar paso a la explotación petrolera en el Yasuní. Más allá de los argumentos que se expusieron en ese conflicto respecto al cumplimiento o no de las formalidades necesarias para que se realice la consulta popular, la intensidad de la protesta que se dio en torno la decisión presidencial de dar por terminada la Iniciativa YasuníITT e iniciar la explotación hidrocarburífera, evidenció que el dilema entre extractivismo vs. conservacionismo se posicionó entre los temas claves de la opinión pública en Ecuador.

Al resolver sobre el pedido presidencial, la Asamblea Nacional hizo una larga reflexión sobre el contexto de la Iniciativa Yasuní-ITT, la falta de apoyo de la comunidad internacional y el derecho soberano del Estado a decidir sobre el destino de sus recursos naturales en beneficio de los programas y proyectos sociales. En el primer artículo de la parte resolutiva, la Asamblea Nacional dispuso: "Declarar de Interés Nacional la explotación de los Bloques 31 y 43, en una extensión no mayor al uno por mil (1/1000) de la superficie actual del Parque Nacional Yasuní" (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015, p. 35), mientras en el segundo artículo excluyó de la declaratoria a los espacios que ocupan la ZITT.

Las posiciones de diferentes sectores, especialmente de organizaciones sociales ambientalistas e indígenas del país, se han seguido manifestando en los años subsiguientes en torno a la declaratoria de interés nacional que dio paso a la explotación en los bloques petroleros 31 y 43. Más allá de las diferencias que subsisten con relación a las ventajas y desventajas de la extracción petrolera, se denota en la opinión pública nacional y varios sectores de la opinión internacional, un criterio positivo sobre los objetivos de conservación y de cambio hacia un modelo de desarrollo sustentable en armonía con la naturaleza, que perseguía la Iniciativa Yasuní-ITT.

CONCLUSIONES

No es adecuado analizar lo que representó la Iniciativa Yasuní-ITT observando únicamente sus proyecciones iniciales de financiamiento y los resultados que alcanzó en su etapa final. Sus connotaciones rebasan el esquema implementado por el Estado ecuatoriano y trascienden hacia la identificación de los factores que han incidido en la pérdida de la biodiversidad y cambio del clima planetario, así como a las responsabilidades que coexisten en la adopción de mecanismos eficaces para revertir los efectos perversos de un modelo de desarrollo que perpetúa procesos de degradación de la naturaleza, la inequidad social y la vulneración de los derechos de pueblos y nacionalidades ancestrales.

En el ámbito nacional, la iniciativa significó un hito que permitió visibilizar ante la opinión pública del país el conflicto escenificado desde hace varias décadas entre las actividades extractivas, el derecho de la población a vivir en un ambiente sano, los derechos de pueblos y nacionalidades y los derechos de la naturaleza. Fue, en este sentido, una destacada muestra de las tensiones que se concentran en la conservación, uso y manejo de la biodiversidad y los servicios ambientales que presta, y visibilizó la necesidad de incluir su valoración económica dentro de la información sobre los costos y beneficios de las decisiones estatales que dan paso a las actividades extractivas.

También la iniciativa puso a prueba la aplicación de los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución ecuatoriana, así como sus preceptos referidos al modelo de desarrollo del país. Más allá de la decisión de terminar con su implementación, el camino constitucional que siguieron las Funciones Ejecutiva y Legislativa para declarar el interés nacional que sustentaría la explotación dentro del Yasuní, elevó la reflexión sobre su viabilidad al más alto nivel legal e institucional del Estado y, en ese marco, denotó el peso que al final tienen las fuerzas políticas dentro de un sistema democrático para ponderar los intereses y derechos en juego, y sobre esta base asumir la responsabilidad de optar por unos y sacrificar otros.

Sirvió igualmente para ampliar la discusión sobre los mecanismos que se utilizan en el mercado del carbono, incluyendo la posibilidad de que participen los países en desarrollo que son megadiversos, mediante sus emisiones netas evitadas (ENE). Posiblemente la finalización de la Iniciativa fue un factor que en la práctica restó soporte a la discusión internacional de esta modalidad, pero sin duda permitió visibilizar al aporte real que tienen estos países en el marco de los compromisos que se asumen sobre el cambio climático y las correspondientes medidas de adaptación y mitigación.

Un importante aprendizaje de esta iniciativa, refiere a la justicia ambiental que se invocaba por parte del Gobierno ecuatoriano como uno de los sustentos para apelar a la solidaridad y corresponsabilidad internacional en el financiamiento del fondo Yasuní-ITT; y al mensaje que simultáneamente se enviaba con la amenaza de implementar un "Plan B" de explotación petrolera en caso de no obtener las contribuciones esperadas. En esa estrategia, a más de advertirse una contradicción, se puso de manifiesto la ética que moviliza las decisiones de los Estados cuando entran en juego sus intereses. La balanza se inclinó a favor de la ética del desarrollo que superpone el bienestar material del ser humano por encima de la capacidad de carga de los procesos naturales y los derechos de la naturaleza, y que prioriza las necesidades de las mayorías en detrimento de las minorías. Una lección que evidencia la imposibilidad de curar la

inequidad del modelo de desarrollo con una vacuna que inocula un poco más de la misma enfermedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Becerra, R. (2015). Las Rondas Petroleras y los Bloques Petroleros en el Ecuador. *Petróleo al Día. Boletín del Observatorio de Energía y Minas,* Universidad de las Américas, 1.

Correa, R. (2007). *Discurso del Presidente de la República de Ecuador ante la Asamblea General de Naciones Unidas.* Nueva York, Estados Unidos de América.

Cuervo, L. E. (1997). *Nuestro Futuro Común*. Informe Brundtland. Recuperado de: www.sustainwellbeing.net/Espanol-/WCED.shtml

Daily, G. C. (1997). *Nature's services: societal dependence on natural ecosystems*. Island Press, Washington, DC.

Espinosa, P. y Mancera, J. (2013). La Iniciativa Yasuní-ITT: mecanismo alternativo para la mitigación del cambio climático. *Revista Luna Azul*. Recuperado de: http:// lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option=content&task=view&id=1011

Falconí, F. (2010). *La Iniciativa Yasuní-ITT es una gran señal para la humanidad.* Recuperado de: www.ecologiapolitica.info/?p=4727

Falconí, F., Jácome, H. y Ortiz, L. (2001). *Hacia un desendeudamiento real y efectivo. Argumentos para solicitar la condonación de la deuda externa pública.* Quito, Ecuador: Tercer Encuentro de la Deuda Externa Nacional.

Ferrín, V. H. y Sánchez, M. (2017). Análisis de la efectividad de la propuesta de emisiones netas evitadas. *RECUS: Revista Electrónica Cooperación Universidad Sociedad*, 2(3), (pp. 47-52). Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6719884

Fondo Fiduciario Yasuní ITT. (2011). *Manual de Procedimientos del Comité Directivo*. Quito, Ecuador.

Hernández, P. (2001). *Bases y mecanismos jurídicos de la deuda ecológica. Trabajo de Investigación*. San Sebastián, España: Universidad del País Vasco.

Hernández, P. y Varillas, G. (2005). *Participación y consulta en la gestión ambiental*. Quito, Ecuador: Ministerio del Ambiente – Corporación Ecolex.

Hernández, Patricio (2017). *Actualización del Libro de Trabajo 1a y 1b de BIOFIN, correspondiente al análisis del marco institucional, políticas de gestión y fiscales que afectan positiva y negativamente a la biodiversidad*. Quito, Ecuador: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Larrea, C. (2009). *Iniciativa Yasuni ITT La gran propuesta de un país pequeño*. PNUD – GTZ.

Larrea, C. (2017). *Conservación de la biodiversidad y explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuní*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: repositorio.uasb.edu.ec/browse?type=author&value=Larrea%2C+Carlos%2C...

Lombeyda, B. (2010). *Propuesta Ysuní ITT, Análisis económico, social y ambiental*. Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Martínez, J. (2010). *Deuda ecológica y deuda externa: ¿quién debe a quién?* Barcelona, España: ICARIA, Universidad de Barcelona. Recuperado de: http://www.cubadebate.cu/especiales/2015/06/28/deuda-ecologica-y-deuda-externa-quien-debe-a-quien/

Martínez, J. (1997). *Deuda ecológica y deuda externa*. Caracas, Venezuela: Encuentro “La Deuda Externa y el Final del Milenio”, Parlamento Latinoamericano.

Mateo, J. P. y García, S. (2014). El sector petrolero en Ecuador 2000-2010. *Revista Problemas del Desarrollo, 177 (45).* Recuperado de: www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/download/48186/43315

Ministerio de Economía y Finanzas. (2016). *Informe de Subsecretaría de Financiamiento Público.*

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración. (2008). *La Constitución 2008 y las Relaciones Internacionales.* Recuperado de: https://www.cancilleria.gob.ec/ wp-content/uploads/downloads/2012/.../constit_08. pdf

Ministerio del Ambiente. (2011). *Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní*. Quito, Ecuador.

Ministerio del Ambiente. Acuerdo Ministerial No. 322. [AM]. RO. 69 de 20 de noviembre de 1979.

Ocampo, J. A., Stallings, B., Bustillo, I., Belloso, H. y Frenkel, R. (2014) *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*. Santiago de Chile, Chile: Naciones Unidas.

Organización del Tratado de Cooperación Amazónica. (2020). *Nuestra Amazonía*. Recuperado de: http://www.otca-oficial.info/amazon/our_amazon

Primera ministra de Noruega. (1987). *Informe elaborado por la Comisión liderada por la primera ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland, y presentado en marzo de 1987 a la ONU.*

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2011). *Informe Anual 2011 del Fondo Fiduciario Yasuní ITT.*

Quito, Ecuador.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2012). *Informe Anual 2012 del Fondo Fiduciario Yasuní ITT.* Quito, Ecuador.

Serrano, V. (1988). *Ecología y Derecho*. Ed. FESO, Quito, Ecuador.

Velasteguí, L. A. (2004). La era petrolera en el Ecuador y su Incidencia en el Presupuesto General. *Revista Académica de Economía*. Observatorio de la Economía Latinoamericana. Recuperado de: https://www.eumed.net/cursecon/ecolat/ec/lavm-petr.htm

Viota, N. y Maraña, M. (2010). *Servicios de los ecosistemas y el bienestar humano*. Bilbao, España: Centro UNESCO del País Vasco.

Recibido: 04/05/2020

Aprobado: 12/06/2020

Patricio Hernández Rentería: Doctor en Jurisprudencia, docente en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Correo electrónico: pehernandez@puce.edu.ec

Ciudad: Quito

País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.228

Las decimonónicas ideas del legislador ecuatoriano: política criminal y dolo en la reforma al COIP

The nineteenth-century ideas of the Ecuadorian legislator: criminal policy and intent on COIP reform

Víctor Vicente Vásconez Merelo
Investigador jurídico independiente
Abogado penalista
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 246-267, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Lejos se encuentra la política criminal ecuatoriana de cumplir con estándares adecuados de cientificidad, pues el político de turno parece legislar con el diario de ayer en la mano. En esta obra se critica dos cuestiones en especial: en primer lugar, se destaca la contradictoria política criminal del legislador ecuatoriano al decantarse sobre una de las teorías del dolo más garantistas que existen y al mismo tiempo, esto es, en el mismo cuerpo legal reformatorio, se legisla el adefesio legislativo de exponer a la luz pública a quien haya sido aprehendido en delito (los delitos de moda) flagrante y así el juez lo haya convalidado. En segundo lugar, es decir, en el capítulo II de la obra, se analiza críticamente las falencias de la teoría de la voluntad del dolo que fue adoptada por el legislador, en conjunto con el análisis crítico del resto de teorías que dominan la discusión científica en la actualidad. Finalmente, se concluirá que el legislador fue abiertamente contradictorio en su política criminal y que, la teoría de la voluntad del dolo si bien ofrece un respeto altísimo a la dignidad del ser humano y por ello se constituye como la teoría más garantista, esto no significa que, en términos teóricos, ni procesales, sea la teoría más racional e idónea por la que pudo haberse inclinado el legislador ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Legislador, política criminal, exposición a la luz pública, presunción de inocencia, teoría de la voluntad del dolo.

ABSTRACT: Far away is the Ecuadorian criminal policy of complying with adequate standards of scientificity. Then as the politician on duty seems to legislate with yesterday's newspaper in his hand. In this paper, two issues are criticized in particular. First, the contradictory criminal policy of the Ecuadorian legislator is highlighted by taking sides with one of the most guaranteed theories of men's rea of intent. At the same time, in the same legal body Reform, the legislature is legislated to expose to public light, which has been apprehended in flagrant crime (fashion crimes), and thus the judge has validated. Secondly, that is, in the second chapter of the work, the failures of the theory of the will of men's rea that was adopted by the legislator are analyzed critically, together with the critical analysis of the rest of theories that dominate the scientific discussion nowadays. Finally, it will be concluded that the legislator was openly contradictory in his criminal policy and that the theory of the will of men's rea. However, it offers very high respect for the dignity of the human being, and that is why it constitutes the most guarantee theory, this does not mean that in theoretical or procedural terms, it is the most rational and suitable for which the Ecuadorian legislator could have inclined.

KEYWORDS: Legislator, criminal policy, exposure to the public light, violation of the presumption of innocence, Thymus will theory, men's rea.

INTRODUCCIÓN

El 24 de diciembre del año 2019 el legislador ecuatoriano en el uso de sus facultades introdujo una reforma al Código Orgánico Integral Penal. Como ya es costumbre, algunas de las decisiones que fueron tomadas resultaron en el mejor de los casos polémicas, puesto que según las apreciaciones de cualquier jurista concienzudo se avizora no solo inconsistencias,

sino también la utilización de teorías dogmáticas que ya fueron superadas en la discusión doctrinal.

En tal circunstancia, en primer lugar, la obra que continúa tiene por finalidad poner sobre la mesa una severa contradicción político-criminal del legislador, puesto que en relación al dolo se decanta por la teoría de la voluntad, que sin ser la mayoritaria en la doctrina en razón de múltiples problemas, a mi juicio es la que ofrece mayor respecto a la dignidad del ser humano; sin embargo, en el mismo cuerpo reformatorio también se legisla que el ciudadano que sea aprehendido por delito flagrante en delitos contra la inviolabilidad de la vida, la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, serán expuestos a la luz pública por el solo hecho de que un juez califique la legalidad de la aprehensión. Como es evidente, todo el garantismo mostrado en la selección de la teoría del dolo se vino abajo cuando se introdujo dicha norma que lesiona frontalmente la garantía de ser tratado como inocente hasta que exista una condenatoria ejecutoriada, lo que trae aparejado una vulneración irreversible a la dignidad de los ciudadanos.

Finalmente, y como ya se había dicho, la teoría del dolo por la que se inclinó el legislador ecuatoriano ha sido superada en la doctrina dominante. Por tanto, en lo que sigue también se estudiará las características de las principales teorías del dolo que se encuentran pugnando por ser dominantes, para concluir con una apreciación –muy personal– del motivo que orilló al legislador ecuatoriano a elegir la teoría de la voluntad del dolo pese a ser minoritaria en la doctrina y mi posición personal sobre los elementos constitutivos del dolo.

1. LA CONTRADICTORIA POLÍTICA CRIMINAL EN EL ECUADOR

Existen dos formas de legislar en un Estado, en la primera de ellas el Estado se auto percibe hiperpoderoso y así lo resalta en cada decisión política, bajo esta modalidad de gobierno el "yo" prácticamente se desvanece, puesto que el "nosotros" sirve

de fundamento para que el Estado legisle con el supuesto fin proclamado del bienestar comunitario; por supuesto que esto solo sirve de cimiento para legislar de la manera más severa. Cuando el "yo" desaparece, también lo hacen consigo o por lo menos se ven menoscabadas las garantías individuales, en razón de que es inaceptable que un fin individual pueda sobreponerse a uno colectivo; es esta forma de pensamiento que de a poco reduce al hombre y a su importantísima dignidad en una mera masa mecánica encaminada a cumplir fines trazados por un anónimo. Así también lo conciben Zaffaroni, Slokar y Alagia (2002), quienes resaltan que según esta forma de legislar "lo importante es el cuerpo social (...) es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse." (p. 64).

En tal circunstancia, la superposición del "nosotros" tiene un fundamento estrictamente organicista, es decir que el Estado entiende a los ciudadanos como partes integradoras –por supuesto intercambiables– de un sistema complejo en el que el mismo Estado es la cabeza y como tal, es quien ordena cada movimiento que se debe ejecutar. Desde luego, este modelo de Estado no parece del todo desconocido, pues solo en el siglo pasado, esto es, en 1922 (Italia), 1934 (Alemania) y 1939 (España), el fascismo se disfrazó de "modelo democrático" para cometer los peores crímenes en la historia de la humanidad. Por tanto, bajo esta perspectiva aberrante del poder, resulta inconcebible reconocerles a los ciudadanos derechos y garantías individuales para que puedan auto determinarse, y es más peligroso todavía, cuando dicha forma de entender el poder irrumpe en todos los poderes del Estado menoscabando así los derechos y garantías en el marco de procedimientos judiciales.

Por otro lado, en tanto que existen "Estados" organicistas o mejor dicho autoritarios, también existen verdaderos Estados. En el marco de la regulación de libertades de los ciudadanos, estos Estados se caracterizan por que su norte es la armonía entre los intereses comunitarios y los individuales; consecuentemente, toda restricción que se aspire imponer deberá superar un elevado estándar de legitimidad y esto solo puede darse en un modelo de Derecho penal mínimo. (Ferrajoli, 2004, p. 242). Suele denominarse a este tipo de Estados como garantistas, y

paradójicamente no se utiliza este término como un adjetivo positivo, sino que, es un término usado peyorativamente por quienes en general miran con malos ojos que los ciudadanos gocen de algunos derechos y garantías esenciales en el marco de un proceso penal, como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa en el marco de un proceso judicial, etc. Más bien, los "antigarantistas" abogan por un Estado que utilice mano dura al momento de regular la vida de los hombres en sociedad y sobre todo cuando de castigo se trata.

Los fanes de que se utilice mano dura estatal en el castigo, generalmente parten de una premisa errónea que incluso parece ser hasta descabellada. Se dice que las garantías constitucionales de los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional, en consuno con las garantías del debido proceso prescritas desde el libro segundo en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), no son más que formas de encubrir y hasta fomentar el incumplimiento de normas. Sin embargo, los amigos "antigarantistas" parecen olvidar cuán peligroso puede resultar un Estado omnipresente que posiblemente se desboque en razón del poder concentrado; por ello, gozar de garantías y derechos *lato sensu* nos asegura el respecto de nuestra dignidad como seres humanos libres, con mayor razón si nos situamos en un contexto judicial de carácter penal, pues allí toda la estantería del Estado recae sobre los hombros de quién está siendo investigado y como tal, es en demasía importante garantizar el respeto de derechos. Por todo esto, no son coincidencia las palabras de Zaffaroni, et. Al. (2002) al decir que: "La historia enseña que la. dignidad humana, cuando avanza, lo hace en lucha contra el sistema penal. Casi podría decirse que la humanidad avanzó siempre en pugna con éste." (p. 45).

Entonces bien, si acordamos que un verdadero Estado debe ser aquel que es garante de los derechos y garantías de sus ciudadanos, también debemos acordar que dicho Estado debe ser coherente en su política criminal, puesto que una mixtura de criterios contradictorios solo daría pie a que exista gran confusión en los ciudadanos y, además, generaría un peligroso salvoconducto para quienes todavía tienen en mente un proyecto

de sociedad filo fascista. Dicho esto, es pertinente trazar un parangón entre dos figuras jurídicas que fueron legisladas en la última reforma del COIP y de esa manera concluir si el mensaje legislativo es coherente, o a su vez, convergen ideas autoritarias y garantistas.

En primer lugar, en el artículo seis de la Ley Orgánica reformatoria al COIP, se prescribe expresamente el concepto de dolo, esto no quiere decir que bajo la anterior redacción no haya quedado claro cuál era la teoría del dolo por la que se había decantado el legislador; sin embargo, esta vez se optó por dejarla sentada explícitamente. Antes de la reforma, el legislador había dicho que actúa con dolo quién tenga el designio de causar daño, por lo que a todas luces se había adoptado la teoría de la voluntad del dolo pese a la terminología exiguamente técnica. Sobre el concepto de dolo siguiendo la teoría de la voluntad, enseña Welzel (1956) que toda acción consciente es llevada a cabo por "la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el elemento intelectual-, y la decisión de querer realizarlo -el elemento volitivo-. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real constituyen el dolo". (p. 73). En suma, cuando la norma hacía alusión al "designio" de causar daño, este concepto necesariamente traía aparejado tener consciencia y voluntad de ejecutar una conducta. Aúna con este criterio la definición que le da la Real Academia Española (2001) a la palabra "designio", pues se la concibe como: "Pensamiento, o propósito del entendimiento, aceptado por la voluntad".

Dicho esto, en la reforma legislativa del 24 de diciembre de 2019 se estipula que actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta, por lo que, palabras más, palabras menos, sigue siendo la misma fórmula adoptada con anterioridad, es decir, la teoría de la voluntad del dolo. Ahora bien, dicho a *grosso modo* en razón de que en capítulos venideros se le dará un estudio más exhaustivo, la teoría de la voluntad del dolo es la que más se ajusta al respeto de la dignidad del ser humano, puesto que solo las conductas que sean guiadas por el conocimiento y voluntad de realización serán relevantes para el Derecho penal. Por tanto,

es plausible argumentar que la adopción de esta teoría se condice con las exigencias de un Estado democrático garantista, lo cual no significa que, en términos de política criminal y necesidad sea la teoría acertada, y así lo concibe la doctrina mayoritaria al decantarse por la teoría del conocimiento o representación.

Con este marco a *prima facie* garantista respecto de la teoría del dolo adoptada por el legislador ecuatoriano, verdaderamente es un contrasentido lo prescrito en el primer inciso del artículo ochenta y siete de la Ley Orgánica reformatoria al COIP, en donde reza lo siguiente:

> La persona aprehendida por delitos contra la inviolabilidad de la vida, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, podrá ser identificada físicamente ante la comunidad y ante los medios de comunicación, única y exclusivamente en su calidad de aprehendido y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprensión por delito flagrante.

Como es evidente, la disposición prescrita lesiona frontalmente el derecho a la presunción de inocencia; sin embargo, el legislador de forma muy llamativa arguye en el inciso siguiente que "en estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada." De un análisis conglobado del artículo 87 de la Ley reformatoria se desprende que no hay manera posible en la que se respete el derecho a la inocencia y ser tratado como tal si previamente se ha divulgado y catalogado a un ciudadano como posible delincuente, pues la presión mediática, el prejuicio en cabeza de juzgadores y fiscales jugará un papel nocivo en el momento de arribar a una decisión judicial.

Hay que señalar que el derecho a la presunción de inocencia comprende además el derecho a ser tratado como tal, tanto en instancia judicial como también en el normal desarrollo de la vida en sociedad., y es por esto que, "a partir de ella y

sobre ella comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal.” (Binder, 1999, p. 123). Por tanto, quién funja en calidad de procesado en uno de los delitos mencionados por la norma, será muy difícil que pueda gozar de aceptación social luego de que su hipotético crimen haya sido expuesto a la luz pública, tomando en consideración que el solo hecho de que se aprehenda a una persona en delito flagrante no es base suficiente para determinar su responsabilidad penal. En suma, no solo es una decisión legislativa arbitraria, sino que, constituye además una política criminal propia de un Estado absolutista, autoritario y en demasía irracional. Veamos un ejemplo para esclarecer este punto:

Digamos que X es asesinado en la Av. 10 de agosto y José Falconí, el supuesto criminal no es captado por cámaras, sino que, únicamente existen indicios de su identificación a través de los testimonios de los ciudadanos que presenciaron el hecho. Los testigos aducen que el criminal habría estado vestido con jean y camisa amarilla, además era alto, delgado y con cabello largo. Con este contexto, siendo que la realidad suele ser mucho más expresiva y sorpresiva que la fantasía, justamente aprehenden 7 horas después del hecho a un ciudadano que respondía a esas características; de inmediato se practica la audiencia de calificación de flagrancia y efectivamente el juzgador decide validarla. Acto seguido las autoridades proceden a exhibir los datos personales del supuesto delincuente y los medios de comunicación le dedican un especial en horario estelar como suelen hacerlo. De esta forma, nuestro hipotético criminal ha sido encasillado, identificado y expuesto, lo cual significa no solo un menoscabo en su honra, sino que, además conlleva un detrimento psicológico mayúsculo en su humanidad y en la familia de este.

Durante la instrucción fiscal, nuestros brillantes investigadores descubren que el ciudadano hipotético habría coincidido en tiempo y espacio conjuntamente con las similitudes físicas, pero que él no habría sido quién cometió la infracción. Acto seguido, se le concede la libertad al ciudadano por habérsele dictado prisión preventiva, y el Estado fácil y sencillo se olvida de aquel desgraciado.

Cualquier hombre de leyes u hombre común y corriente seguramente tendrá una sensación de que el ciudadano expuesto fue víctima de un sin número de vulneraciones a sus derechos. No hay que ser experto en Derecho penal, tampoco en Criminología y menos aún en Política Criminal para evidenciar que supuestos de esta naturaleza pueden ocurrir y lesionarse el derecho a la dignidad, a la honra y buen nombre, al trabajo y un sinfín de derechos constitucionales y convencionales. Sin embargo, el brillante legislador y quienes están en al mando parecen olvidar que el poder punitivo opera a discreción y tarde o temprano quienes apuntan con el dedo también podrán ser apuntados, solo basta mirar el número de políticos criminalizados para corroborar dicha premisa.

En fin, por un lado, el legislador procuró ser lo más garantista posible al decantarse por la teoría de la voluntad del dolo y, por otro lado, de forma muy autoritaria se inclinó por legislar al puro estilo del siglo XVIII en donde se exponía a los criminales en el patíbulo para que todos los pobladores puedan observar su castigo y supuestamente generar una coacción y con ello una abstención de cometer infracciones. Seguramente Feuerbach (1989) estaría satisfecho al observar que doscientos años después en un país pequeñito y con alto nivel de analfabetismo se adoptó su teoría de la pena de prevención general negativa. (p. 8).

2. EL DOLO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y EN LA DOCTRINA DOMINANTE

Desde que la escuela Causalista fue totalmente superada en la dogmática jurídico-penal, el llamado *dolus malus* se escindió y se trasladó el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal hacia la tipicidad y la culpabilidad conservó el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. En igual sentido, Plascencia Villanueva (2004) argumento lo siguiente:

> El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel

> de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual hoy se percibe como dominante en la dogmática penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma, especie o elemento de la culpabilidad. (p. 113).

Desde allí, básicamente han sido tres las teorías del dolo que han sobresalido en la doctrina y que hoy en día se disputan protagonismo en un sistema jurídico altamente complejo en razón del desarrollo de las nuevas tecnologías y las formas de vivir en sociedad. Veamos a continuación:

* **Teoría de la voluntad.** - esta teoría prácticamente germinó con la noción del concepto personal del injusto ideada por Hans Welzel (1956), pues el brillante autor alemán argüía que la teoría del injusto "se llena así cada vez más, de elementos psíquicos, que en su origen fueron asignados erróneamente a la teoría de la culpabilidad: primero con los elementos subjetivos de lo injusto, luego con la voluntad de acción" (p. 151). Si se parte de la idea de que el hombre únicamente comete un injusto penal en la medida en que haya direccionado su voluntad conscientemente hacia el quebrantamiento de la norma, la consecuencia directa de este primer planteamiento sería que el dolo se vea conformado por los mismos elementos; es decir, para la teoría de la voluntad, el dolo tiene que comprender una faz cognitiva y otra volitiva.

El elemento cognitivo del dolo se refiere al conocimiento que tenga el individuo sobre los elementos objetivos del tipo penal, hay que destacar que dicho conocimiento debe ser actual, es decir que existe una prohibición de tomar en consideración un dolo inicial (*antecedens*) o uno subsiguiente (*subsequens*) a la ejecución de la conducta. Además, como es natural, existen elementos que conforman el tipo penal que no requieren el entero conocimiento del autor (elementos normativos del tipo), sino que, basta con que el sujeto tenga la posibilidad de conocer las generalidades de su conducta sin que amerite una reflexión técnico-jurídica. Así también lo entienden Muñoz Conde y García Arán (2010), pues los autores españoles indican lo que sigue:

> Se debe ser parco en la utilización de *elementos normativos* («acreedor», «insolvencia», «ajenidad», etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo, y emplear, sobre todo, *elementos lingüísticos descriptivos* que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo («matar», «daños», «lesiones», etc.) (p. 256).

Un ejemplo sobre lo prescrito sería el hecho de que no se requiere que en el delito de hurto el delincuente conozca el concepto jurídico de bien mueble o ajenidad de la cosa, sino que, únicamente deberá conocer que está sustrayendo un objeto que no le pertenece.

Respecto de los elementos descriptivos del tipo penal, enseña Roxin (1999) que tradicionalmente se entendía por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales y que además son verificados de modo cognoscitivo por el juez; un ejemplo de ellos podrían ser los términos: animal, edificio, persona, etc. Por tanto, según el tipo penal *sub examine*, el elemento cognitivo del dolo deberá abarcar tanto los elementos normativos como también los descriptivos del tipo penal.

De igual forma, en el marco del aspecto cognoscitivo del dolo puede originarse un error en razón de la ignorancia o conocimiento imperfecto que se tenga sobre los elementos objetivos del tipo penal, a esto se lo denomina doctrinal y jurídicamente como un error de tipo y su consecuencia sería la exclusión de la imputación dolosa sea que el error fuese evitable o inevitable. Sin embargo, cuando el error de tipo sea evitable, se dejará abierta la posibilidad de que se impute la conducta a título culposo cuando esta figura se encuentre prescrita en el catálogo delictivo, puesto que en el sistema jurídico ecuatoriano poseemos un modelo de tipos culposos de *numerus clausus*.

Por su parte, el elemento volitivo tiene origen en el presupuesto de que los hombres somos libres y nos auto determinamos en cada decisión que ejecutamos. Ciertos autores entienden que la intensidad del elemento volitivo será

determinante para identificar cuando estemos frente a un dolo directo, de consecuencias necesarias o eventual. En ese sentido, Rusconi (2016) argumenta que en el dolo directo se recibe una influencia notable del elemento volitivo, puesto que el autor dirige su comportamiento a la producción del resultado y toda su planificación se orienta a ese objetivo. *Contrario sensu*, respecto del dolo de consecuencias necesarias y del eventual, arguye el autor que el elemento volitivo se presenta con menor intensidad en razón de que el sujeto puede conocer los posibles resultados perniciosos de la conducta, pero su intención no está plenamente encaminada a lesionar los bienes jurídicos.

Para ejemplificar con la teoría de la voluntad: digamos que un chofer conduce en contrasentido y aquello detona en un atropellamiento que cobra la vida de varias personas; para que dicha conducta pueda ser criminalizada a título de dolo, no solo deberá constatarse que el ciudadano conocía que estaba conduciendo a contrasentido, sino que, además deberá corroborarse que efectivamente tenía la intención de provocar dichos atropellamientos. Como es lógico, un supuesto de esta naturaleza trae aparejada la discusión sobre si la conducta es dolosa o imprudente, para ello, la doctrina tradicional se valía de las teorías del consentimiento ideada por Reinhard Frank, que según Ragués I Vallés (1999) en su obra "El dolo y su prueba en el proceso penal" consistía en que "concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura" (p.p. 62 y 62). O a su vez, la doctrina también se valía de la teoría de la indiferencia de Karl Engisch, que según el maestro Roxin (1997), en su obra denominada *La estructura de la teoría del delito*, se daba "cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán" (p. 432).

*** Teoría del conocimiento o de la representación. -** Pese a que la teoría de la voluntad fue absolutamente dominante en gran parte del siglo XX, cada vez con mayor asiduidad la doctri-

na mayoritaria ha venido desapegándose de elementos psicológicos y sobre todo del aspecto volitivo de la teoría del dolo. Así, por ejemplo, el profesor Sánchez Málaga (2016) en el esfuerzo de proponer una construcción coherente y que resuelva los conflictos clásicos, aduce que "... la elaboración de una propuesta acerca del dolo reside en la necesidad de tomar consciencia de que los enfoques psicológicos se encuentran hoy en proceso de superación" (p. 73), esto es así –dice Sánchez Málaga– en razón de los severos inconvenientes para la constatación de cuestiones inherentes al fuero interno de los sujetos.

Ahora bien, de las teorías que van prescindiendo de los elementos psicológicos, la del conocimiento o de la representación es la más moderada en esta corriente de pensamiento, puesto que descarta de plano la relevancia de elementos volitivos, pero no así el aspecto cognitivo. Bajo esta forma de concebir al dolo, por lo menos debe existir el conocimiento acerca de los presupuestos esenciales del tipo objetivo, y prueba de ello es que, en el análisis de la institución del error de tipo, cuando existe un conocimiento imperfecto o desconocimiento vencible o invencible, la regla es que se excluya el dolo; consecuentemente, constituye un requisito esencial la presencia del aspecto cognoscitivo.

De igual forma, autores como el precitado Sánchez Málaga (2016) aducen que adoptar la teoría del conocimiento acabaría con la innecesaria taxonomía de las clases de dolo, puesto que tanto en el dolo directo, de consecuencias necesarias y también en el eventual, el único elemento que siempre se encuentra presente es el cognoscitivo, ya que, según el entendimiento del autor, en el dolo de consecuencias necesarias no existe ningún elemento volitivo. No obstante, otro grandísimo autor, si se quiere un poco más conservador respecto de la dogmática de la teoría del dolo, esto es, Maximiliano Rusconi (conversación personal en la cátedra de Teoría del delito, primer cuatrimestre, maestría en Derecho penal de la Universidad de Palermo), aduce que todavía es necesario mantener el elemento volitivo del dolo en razón de que es la base para distinguir los distintos tipos de dolo y que es falso que en el dolo de consecuencias necesarias no intervenga la voluntad del sujeto, sino que, esta se presenta con menor intensidad.

La teoría del conocimiento o también denominada de la representación, adquiere su nombre en razón de las representaciones que pudo llegar a efectuarse quien conocía las particularidades de su conducta. Esta representación no se da sobre la probabilidad de concreción del resultado, sino que, se da sobre la probabilidad de concretarse la realización del tipo y la consecuente vulneración de la norma. Por ejemplo: en el mismo supuesto aludido *ut supra*, esto es, en el caso del chofer que conduce en contrasentido y que producto de dicha acción produce un atropellamiento masivo, lo único que es necesario constatar para imputar la conducta a título de dolo es que el sujeto conocía que se encontraba conduciendo en contrasentido, pues aquello, según las bases del sentido común, hacía muy probable que se cometa una infracción de tránsito como la efectivamente acaecida.

*** Teoría objetiva o estrictamente normativa.** - Quien se adentre al estudio de la dogmática jurídico-penal seguramente advertirá un verdadero aluvión de autores con ideología puramente normativista. Hay que reconocer que el funcionalismo sistémico de Jakobs y sus discípulos prácticamente ha colonizado el pensamiento de los autores hispanohablantes y consecuentemente, todo parece indicar que dicho sistema terminará imponiéndose. A mi modo de ver las cosas, este fenómeno puede atribuirse a la imperiosa necesidad populista de ganar en severidad cuando de sancionar se trata, puesto que la corriente normativista tiende a prescindir de elementos subjetivos en la responsabilidad penal de los ciudadanos, y dichos elementos solían encorsetar al poder punitivo del Estado; por lo tanto, adoptar un sistema puramente normativista constituye una herramienta valiosa para el político que pretende aumentar su clientela electoral.

Por otro lado, un detalle no menos importante es que las becas para estudiar en Alemania están generalmente encaminadas al estudio del Derecho penal en las escuelas de filo normativista, consecuentemente, es natural que las ideas del funcionalismo sistémicos se propaguen con mayor celeridad. Ahora bien, con esto no quiero decir que los postulados del funcionalismo radical carezcan de cientificidad, más bien todo lo contrario, pues su desarrollo ha estado en la pluma de

verdaderos genios. Sin embargo, estimo que dicho modelo no es posible adaptar en cualquier sociedad, pues parece ser que fue pensado para un sistema social ordenado, estricto y muy riguroso en las consecuencias jurídicas por incumplimiento de normas, y evidentemente en nuestro medio, es decir, en América Latina, no estamos preparados para adoptar un sistema de esas características, so pena de correr el riesgo de que terminemos todos encarcelados y no quede nadie para cerrar la puerta desde afuera.

Sin más preámbulo, si del dolo se trata, la corriente normativista no mantiene un criterio uniforme entre sus distintos autores, y esto es natural pues la libertad de pensamiento da pie a la obtención de criterios dispares aun dentro de la misma línea metodológica. Así, por ejemplo, Ragués I Vallés (1999) desde un enfoque normativista moderado, ha seguido los postulados argüidos en su momento por Von Weber que entendía que la corroboración del dolo no dependía de que el delincuente confiese o acepte haber conocido los elementos objetivos del tipo (requisito mínimo), sino que, este podía deducirse a partir de la manera en la que se llevó a cabo el delito y las circunstancias concurrentes, a esta teoría se la denominaba "*dolus ex re*". No obstante, el autor aludido efectúa ciertas precisiones y finalmente arriba a la conclusión de que existe dolo cuando "a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal" (p. 353).

Otra teoría normativa del dolo moderada es la defendida por la profesora Ingeborg Puppe (1999), quien argumenta que lo correcto es que sea el Derecho que ofrezca los parámetros para identificar cuando un peligro es lo suficientemente relevante para la realización del tipo y no así, que aquello quede librado a la subjetividad de los individuos. En suma, desde aquel punto de partida la autora se permite diferenciar un peligro de dolo y otro de imprudencia, pues el primero está presente "cuando observado en sí mismo, expresa un método idóneo para la causación del resultado" (p. 147, nota 61). Ahora bien,

queda en evidencia que bajo esta tesis no interesaría la representación que se haga la persona, sino que, el dato a tomar en cuenta son las representaciones que efectúe una persona razonable según el baremo promedio.

Finalmente, pese a que existen algunas otras teorías normativas moderadas del dolo, es oportuno comenzar a describir algunas de las teorías normativas absolutas, pues tal es el punto de normativización que incluso se piensa en prescindir de la tipicidad subjetiva. En esta línea de pensamiento se puede encontrar a Rolf Herzberg (1987) quien propone analizar la cuestión del dolo como una cuestión de riesgo permitido dentro de la imputación objetiva, es así que distingue entre riesgo descubierto (dolo) y riesgo cubierto (culpa). En referencia al riesgo descubierto, el autor argumenta que se da en aquellos supuestos en los que "no existe fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal." (p. 1464). Sin embargo, pese al discurso estrictamente normativo-objetivo, no es cierto que se prescinda totalmente de elementos subjetivos, pues la confianza racional basada en parámetros objetivos a la que hace alusión el autor necesariamente depende de un proceso cognitivo propio de los seres humanos. Por tanto, si bien para Herzberg no interesan las representaciones del ejecutor de la conducta, implícitamente su argumento denota que la apreciación subjetiva dependerá del criterio de terceros en base a construcciones sociales que cimientan las llamadas reglas "objetivas".

En una línea normativa más radical todavía, Heiko Lesch (2001) argumenta que la pretensión de una imputación subjetiva desdibuja el concepto normativo de la culpabilidad que actualmente es dominante en la doctrina. Además, el profesor Lesch indica que "el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, es una reliquia del antiguo concepto sicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa" (p. 17).

Ahora bien, dadas las particularidades fundamentales de las teorías sobre el dolo, en lo que sigue corresponde resaltar algunas críticas que la doctrina ha hecho de cada una de ellas.

Veamos: en primer lugar, sobre la teoría de la voluntad, la opinión dominante ha sido lapidaria al criticar la dificultad casi *in extremis* de lograr comprobar la existencia del dolo dentro del proceso penal; por ello, según Ragués I Vallés (1999):

> (…) una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso" (p. 520).

Asimismo, también es muy criticable basar la distinción entre delito doloso y culposo a raíz de la indiferencia que el sujeto muestre sobre las posibles consecuencias disvaliosas, puesto que aquello, según entiende Corcoy Bidasolo (2008) en su obra *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, no sería otra cosa que criminalizar la personalidad de quien ejecuta la conducta y consecuentemente el principio de culpabilidad se pondría en tela de duda. De igual forma, no hay que minimizar el hecho de que el principio de lesividad también podría verse menoscabado cuando se siga la tesis del consentimiento (teoría de la voluntad), puesto que podría calificarse como dolosos ciertos supuestos en donde exista un peligro objetivo minúsculo y como imprudentes los casos en donde objetivamente se prevea un peligro extremo; es por ello, que autores como Feijóo Sánchez (p. 2002) sostienen que la teoría de la voluntad implica "privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes" (p. 31).

En segundo lugar, sobre la teoría normativa u objetiva del dolo, se ha visto en líneas precedentes que aquí se busca prescindir totalmente de los factores psicológicos que concurren en cabeza del ejecutor de la conducta, y más bien, dado que la pretensión es objetivizar el dolo, la tarea se encamina a determinar supuestos fácticos que permitan concluir fehacientemente que bajo dicho contexto el sujeto debía conocer los elementos típicos que la norma prohibía o mandaba. Por tanto, bajo la teoría objetiva del dolo se prescinde de una actividad probatoria encaminada a la comprobación del dolo, y más bien, lo que se

hace es imputar el conocimiento (dolo) al sujeto que tenía la obligación de conocer. A *prima facie* esta tesis resulta poco más que problemática, pues prácticamente se estaría diciendo que el ser humano, sea de cualquier cultura, cualquier edad, cualquier formación académica, todos tendríamos la misma capacidad de desenvolvimiento e identificación de conductas y situaciones posiblemente relevantes para el Derecho penal, lo cual personalmente me resulta descabellado. Adoptar una tesis como esta significaría descartar la unicidad de los seres humanos y conllevaría inexorablemente a una automatización del hombre en sociedad.

Y, en tercer lugar, sobre la teoría del conocimiento o de la representación, estoy completamente convencido que es la teoría más cercana a dar en el clavo sobre esta problemática aparentemente irresoluble. Sánchez Málaga (2016) efectúa una analogía para destacar la complejidad de encontrar una teoría que permita concluir inexorablemente que nos encontramos frente a un supuesto doloso, y es por ello que se pregunta: "¿cuándo una persona es calva o cuánto dinero debe tener alguien para ser considerado rico?" (p. 74); por tanto, parece ser un aspecto de la teoría del delito imposible de cuantificar o encasillar por el enorme esfuerzo que conlleva trabajar con elementos subjetivos. Así pues, lejos de aseverar el acierto absoluto de la teoría del conocimiento, sí es posible identificar puntos fuertes que la posicionan como la teoría predominante. Veamos: la crítica probatoria que se le hacía a la teoría de la voluntad parece ser superada, pues en este caso no se requiere probar la intención del sujeto, sino únicamente el conocimiento del peligro que su conducta generaba. Por ejemplo: digamos que A se encontraba en el primer piso de su vivienda y lanza por su ventana un televisor que por casualidad le cae en la cabeza a B que transitaba por el sector, en este caso no es necesario evaluar cuál era la voluntad de A, sino que, basta con que A haya conocido que su conducta ponía en riesgo la integridad física de los transeúntes para que se constate la presencia el dolo.

De igual forma, esta teoría no se choca con la despersonalización de los ciudadanos como sí lo hace la teoría objetiva, puesto que en este caso el conocimiento que deberá imputarse

no es el de la generalidad de ciudadanos, sino que, es el que efectivamente gozaba el ciudadano que ejecutó la conducta, lo cual significa analizar en cada caso concreto cuán conocedor, cuán formado o cuán lúcido se encontraba el individuo. De esta forma, según mi juicio y pese a que no escapa de críticas, la teoría del conocimiento no solo se ajusta a las exigencias del respeto de la dignidad humana, sino que, también en términos político-criminales resulta conveniente, puesto que no es ni tan severa ni tampoco permite la impunidad.

CONCLUSIONES

En sí misma, la tarea legislativa reviste de gran complejidad en razón de la multiplicidad de criterios disponibles por los que se puede decantar el legislador al momento de promulgar una Ley. Sin embargo, esto no significa que dicha complejidad deba pagarse en moneda de la coherencia y consistencia normativa, puesto que un mensaje contradictorio a la ciudadanía no genera otra cosa más que caos hermenéutico. Por tanto, estoy convencido de que el legislador envió un mensaje contradictorio al decantarse por la teoría de la voluntad del dolo y en el mismo cuerpo reformatorio permitir que se exhiban a la luz pública a los posibles infractores. En el primer caso legisló bajo los presupuestos de un Estado de derecho, y en el segundo, de forma muy llamativa legisló como un Estado absolutista en donde la represión es el norte.

La teoría de la voluntad del dolo por la que se ha inclinado el legislador ecuatoriano ha sido superada en la doctrina mayoritaria, debido a que a dicha teoría se le puede encontrar inconvenientes por donde se la mire y así ha quedado expuesto en el desarrollo de la obra; por tanto, para el día de hoy, los principales autores de formación europeo-continental han adoptado como correcta la teoría del conocimiento o de la representación. Pese a todo esto, estimo que la teoría de la voluntad del dolo se constituye talvez como la más garantista de entre la amalgama de teorías, puesto que, según sus presupuestos, únicamente se configurará la tipicidad subjetiva cuando el sujeto haya conocido y tenido la voluntad de ejecutar una conducta antinormativa.

Respecto del primer inciso del artículo ochenta y siete de la Ley Orgánica reformatoria al COIP, entiendo que este viola frontalmente una gama de derechos constitucionales. Además, no solo es una norma en sí misma violatoria de derechos, sino que, además desborda irracionalidad e inconsistencia, puesto que no puede argüirse en el mismo articulado que se reconoce el derecho a la presunción de inocencia de los ciudadanos y al mismo tiempo decir que el ciudadano que sea aprehendido en delito flagrante y acto seguido se califique judicialmente su flagrancia, será expuesto ante la luz pública. Siendo optimista, quiero pensar que esta norma no es producto de un análisis concienzudo, sin embargo, dado el contexto fuertemente punitivista, lo más probable es que una norma de este calibre fue direccionada a satisfacer el clamor de represión característico del grueso de la sociedad.

En términos estrictamente dogmáticos, la teoría de la voluntad del dolo como estandarte de la corriente finalista ha sido completamente superada en la doctrina, hoy en día se encuentran en boga teorías que tratan de prescindir de los elementos cognitivos y además asegurarse de que lo único determinante a la hora del análisis del dolo sean criterios estandarizados (objetivos) con raigambre estrictamente normativo.

En suma, en tanto que el Derecho penal es de acto y aquello trae aparejado la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, la exigencia de una teoría del dolo en donde se deba constatar elementos psicológicos es un requisito esencial en la difícil tarea de contención del poder punitivo del Estado, puesto que solo de esa manera nos podemos asegurar de que se sancione al ciudadano de acuerdo a sus posibilidades psíquicas reales y no así, de las que debiera poseer. Adoptar un criterio contrario significaría meter en una misma bolsa a todos los hombres sin que se tome en cuenta las particularidades de cada uno de ellos.

Finalmente, mi querido maestro argentino, el profesor Sandro F. Abraldes me dijo una vez en su cátedra: “no es tarea del legislador decantarse por una de las teorías del dolo” y claro,

eso es muy lógico si aceptamos que la ciencia del derecho es tan cambiante que las teorías desarrolladas por la doctrina hasta el momento bien pueden sufrir una variación sustancial y de esa manera el juzgador quedaría atado a una decisión legislativa decimonónica y perniciosa. Por tanto, lo más conveniente hubiese sido que el legislador deje en manos de la doctrina y la jurisprudencia el concepto de dolo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho procesal penal* (2 ª ed.). Buenos Aires: Ad-hoc.

Corcoy Bidasolo, M. (2008). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, segunda edición. Montevideo- Buenos Aires: B de F.

Feijóo Sánchez, B. (2002). *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo.* México D.F.: Fontamara S.A.

Feuerbach, A. V. (1989). *Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania.* Buenos Aires: Hammurabi.

Herzberg, R. D. (1987) NJW. Citado por Ragués I Vallés, R. (1999). “El dolo y su prueba en el proceso penal”. Barcelona: Bosch.

Lesch, H. H. (2001). *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (8 ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Puppe, I. NK SS 15, n. marg. 61. Citada por Ragués I Vallés, R. (1999). “El dolo y su prueba en el proceso penal”. Barcelona: Bosch.

Plascencia Villanueva, R. (2004). *Evolución de la teoría del dolo*. México D.F.: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

Ragués I Vallés, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

Roxin, C. (1999). *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I. Madrid: Civitas.

Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal Parte General* (3ª ed.). Buenos Aires: Ad-hoc.

Sánchez Málaga, A. (2016). "El dolo: ¿Fenómeno espiritual o atribución normativa?". *Themis*, ISSN: 1810-9934.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque De Palma.

Zaffaroni, E; Alagia, A y Slokar, A. (2002). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Recibido: 16/03/2020
Aprobado: 12/06/2020
Vicente Vásconez Merelo: Investigador jurídico independiente. Abogado penalista.
Correo electrónico: vvasconez@hotmail.es
Ciudad: Quito
País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.252

Algorithmic Management: A liability-free method to manage workers' performance?

Manejo algorítmico: ¿Un método libre de responsabilidad para gestionar el desempeño de los trabajadores?

Massimiliano Geraci
Master of Science in Complex Administrations and Organizations Science-Public Management, Università degli Studi di Palermo, Italy.
City: Palermo
Country: Italy

Original article (research)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 269-294, ISSN 2588-0837

ABSTRACT: At the beginning of the XX century, the industrial sector was revolutionized by the implementation of the Scientific Management, a new managerial approach seeking for production efficiency to the detriment of the workers' autonomy based on meticulously planned activities and consistent performances monitoring. Through the century, this method has evolved with the implementation of new technologies such as the algorithms, robust codes able to increase productivity significantly by enabling companies from the industrial sector to the logistics to monitor, plan and control their workers' performances as strictly as possible. The gig economy is the economic sector, which most of it all is applying this new management approach, drastically changing the relations between workers and employers, modifying the very nature of the employment status. Fundamental rights and industrial relations are at stake when there is no more contact between humans and when workers are managed by apps empowered to control their working tasks and to dismiss them, which raises severe questions on the accountability of these decisions. Public institutions and trade unions are facing new challenges to protect those workers considered by companies as

"independent contractors" that attracted by secure payments, and stable schedules decide to become gig workers. Especially those that are *de facto* working as full-time employees without having their fundamental rights nor benefits recognized due to the unregulated nature of their contracts. This article aims to investigate the origin of this pressing social issue, its inherent characteristics, the risks connected with non-bias free algorithms' use, and their lack of legal accountability. Moreover, starting from the underlying assumption that fundamental workers' rights and performance management might work together toward a more efficient and liquid society, algorithmic management's future evolution will be questioned regarding the ethical outcomes of its implementation.

KEYWORDS: Ethical algorithm's design, independent-contractor clauses, fundamental workers' rights, trade union, employment status redefinition.

RESUMEN: A principios del siglo XX, el sector industrial fue revolucionado por la implementación de la Gestión Científica, un nuevo enfoque de gestión que busca la eficiencia de la producción en detrimento de la autonomía de los trabajadores basada en actividades meticulosamente planificadas y un monitoreo constante del desempeño. A lo largo del siglo, este método ha evolucionado con la implementación de nuevas tecnologías como los algoritmos, códigos potentes capaces de aumentar significativamente la productividad al permitir a las empresas del sector industrial y de la logística, monitorear, planificar y controlar el desempeño de sus trabajadores tan estrictamente como sea posible. La nueva economía compartida o *shared-econony* es el sector que está aplicando este nuevo enfoque de gestión, cambiando drásticamente las relaciones entre trabajadores y empleadores, modificando la naturaleza misma de la situación laboral. Los derechos fundamentales y las relaciones laborales están en juego cuando no hay más contacto entre humanos y cuando los trabajado1res son administrados por aplicaciones habilitadas no solo para controlar sus tareas laborales sino también para despedirlas, lo que plantea serias dudas sobre la responsabilidad de estas decisiones. Las instituciones públicas y los sindicatos se enfrentan a nuevos

desafíos para proteger a los trabajadores considerados por las empresas como “contratistas independientes” que se sienten atraídos por pagos seguros y horarios estables que deciden convertirse en trabajadores. Especialmente aquellos que trabajan de facto como empleados a tiempo completo sin que se reconozcan sus derechos fundamentales ni sus beneficios debido a la naturaleza no regulada de sus contratos. Este artículo tiene como objetivo investigar el origen de este apremiante problema social, sus características inherentes, los riesgos relacionados con el uso de algoritmos sin sesgos y su falta de responsabilidad legal. Además, partiendo de la suposición básica de que los derechos fundamentales de los trabajadores y la gestión del desempeño podrían trabajar conjuntamente para lograr una sociedad más eficiente y líquida, se cuestionará la evolución futura de la gestión algorítmica con respecto a los resultados éticos de su implementación.

PALABRAS CLAVE: diseño de algoritmos éticos, cláusulas de contratistas independientes, derechos fundamentales de los trabajadores, sindicalización, redefinición del estatus de empleo.

INTRODUCTION

“How to protect workers while simultaneously garnering and reaping the benefits of change and innovation?”

Robert Rubin, former U.S. Treasury secretary

The impact of computer technology on society is continuously increasing. New instruments are periodically introduced in the market, contributing to change social habits and, in particular, modifying how interactions between humans are carried out. This innovative influence has extended with an evident focus on increasing productivity in the industrial relations sector, revolutionizing the productive systems by changing the traditional workers’ identity. New technological instruments such as algorithms have been introduced to boost

production capabilities and monitor worker performance according to efficiency criteria. Due to its high results in collecting, analyze, and make decisions based on standardized information, the use of algorithmic management has extended from the first industrial sector to logistics. The use of algorithms is raising new challenges to national legislators, trade unions, and labor, law scholars who are not always able to face this constant change are leaving workers without adequate protection, with the risks of exposing new job positions to modern forms of worker exploitation. In particular, wage determination, dismissal power, and accountability are topics under the lens due to their drastic change, opening several incertain prospectives for the future employment conditions.

In the first chapter, this article will describe the historical passage from Taylorism to algorithmic management and introduce to the reader the sector that more than others exploit the algorithm's potential, namely the gig economy. The following will assess the risks and threats on workers' fundamental rights arose both at the collective and individual level. The Amazon case discussed in chapter three due to its relevance will expose how the logistics sector has implemented algorithmic forms of control and how a multinational firm may manage the industrial relations in a context of legal uncertainty. Lastly, in the final chapter, some questions are posed regarding the possible social next step originated from an incisive use of algorithmic management and on the roles that public institutions and trade unions might have in this transnational phenomenon.

1. FROM SCIENTIFIC MANAGEMENT TO ALGORITHMIC MANAGEMENT

a. Taylorism: the born of scientific management:

In 1911, Frederick Winslow Taylor wrote the book that would have forged the North American industrial sector, revolutionizing the factories' production-line organization. The book "Principle of Scientific Management" laid down a new series of principles for large-scale manufacturing industries.

The main four are:

1) Replace rule-of-thumb work methods with methods based on a scientific study of the tasks.

2) Scientifically select, train, and develop each employee rather than passively leaving them to train themselves.

3) Provide "Detailed instruction and supervision of each worker in the performance of that worker's discrete task" (Montgomery, 1997, p. 250).

4) Divide work nearly equally between managers and workers, so that the managers will apply scientific management principles into work activities design, and the workers perform the given tasks without providing any original personal contribution to its realization.

Taylor, who left Harvard to work as an apprentice for the Enterprise Hydraulic Works in Philadelphia, quickly climbed all the available job positions to become "chief engineer of the works," this role permitted him to realize how slow and inefficient the labor's organization inside the American factories was. Practices like the soldiering where a problem, the workers were not working hard as they should or fast as they should, generating monetary losses for the company. These discoveries pushed Taylor to study the human's contribution to the industrial process; he monitored and recorded every job stage, calculating how many movements a worker should do to complete a task in the fastest and more efficient way possible. To guarantee the production-line efficiency, he identified two different kinds of work, mental and manual, increasing the managerial control over each employee's job. Since then, managers would have planned specific activities for the workers, assigning them specific and simple tasks and the way how to carry them out, according to detailed rules led by mathematical formulas to avoid any worker's contribution.

> Perhaps the most prominent single element in modern scientific management is the task idea [...] this task specifies not only what is to be done but how it is to be done and the exact time allowed for doing it. (Taylor, 1911)

The excellent results achieved through the implementation of the scientific management approach in several factories during the "20s positively impressed Henry Ford. He was so inspired by this new way to organize the industrial production to assimilate its principles and methodology, creating and implementing this standardized method of mass production and mass consumption in its factories. Nowadays the scientific management principles are still running the industrial sectors; the new instruments discovered by the technological development are used following Taylor's principle. Robots, which are easier to monitor than men, have substituted human workers in many points of the production-line, assuring a more reliable and standardized execution of those actions programmed by technicians in line with the production's efficiency objectives planned by managers.

Although this role exchange in the production line, Taylor's method is still applied to human workers, their tasks are still meticulously planned to guarantee the highest level possible of efficiency and surveillance cameras where possible have been switched with mobile apps. Tablets, wearable devices, and other technologic instruments are continuously keeping under control every production-line step and providing to managers and prominent data engineers a constant flux of real-time information. These data analyzed and processed by algorithms constitute the operative core element of the new-born algorithm management.

b. Algorithmic Management

Algorithms are essential for the correct working of several instruments considered vital elements for many. From simple program as the G.P.S. navigator to complex like those who allow face recognition, manage monetary transactions, or even enable self-driving cars, these containers

of information are capable of elaborating data and of generating instructions to follow or tasks to accomplish. Computers and smartphones perform most of their actions using algorithms. The world leader internet's search engine, "Google," is nonetheless than an algorithm itself. One, however, is the subject of this article, a new type recently introduced, capable of self-learning and self-programming, abilities which are opening the way to a future where algorithms would not be anymore created by humans but by other algorithms. This last case, in particular, is of particular relevance considering the possible social implications, generated by what many consider bias-free decisional instruments.

According to their creators, algorithms are built to manage most of the commonly used objects or actions in our society, performing their tasks in the most efficient way possible. Companies are using these new instruments to manage an increasing number of processes, from production lines to customer data collection and monitoring or controlling the employees' behavior and performance.

An increasing number of companies are managing their entire employees' management system through the use of elaborated algorithms, applying what has been called by some academics of the Carnegie Mellon University Human-Computer Interaction Institute the "Algorithmic Management." Famous North-American retail shops like 7-Eleven or even online stores like Amazon are, in fact, now using these powerful instruments to calculate what has been called the worker's "true productivity." Greg Tanaka, the Founder & C.E.O. at Parcolata, a Silicon Valley algorithms creator company, recently said: "What is ironic is we are not automating the sales associates' jobs per se, but we are automating the manager's job, and [our algorithm] can do it better than them." (O'Connor, 2016). What Tanaka emphasized is the efficiency of its product, which should avoid inefficient work activities organization and mismanagement conducts. According to him, bias or human preferences between colleagues are void, limiting the manager's discretion. Also, considering that the estimating capability of demand analysis performed by algorithms is higher than a human being,

these can perform managerial tasks better than their human competitors, providing an improved service to customers and a more reliable working schedule to employees, guaranteeing to them secure stable rotas and the necessary flexibility requested by the contemporary labor market.

To “make transportation as reliable as running water” (Travis Kalanick, co-founder of Uber, 2016), the transportation network, Uber, uses a mobile app to manage its workers. Uber drivers, also called contractors, are around a million around the world and are managed by an algorithm. From their selection process to their evaluation, these drivers are selected and evaluated according to standardized parameters to ensure a foreseeable level of service provided to customers. It means, also deleting any need for face-to-face interaction between them and the company. Their “employment” is realized through the app as well as all their working activities. When they decide to work, due to the flexibility offered by the company, one click is enough to log in them into the app, the algorithm then will select for them the customers in the base of their distance, showing in the drivers’ app just a “trip request” without displaying any personal information regarding their customers nor their final destination. This request can be skipped up to three-time before being disconnected. To keep their “collaborators” under control and to monitor their performance, the company receives weekly reports, including average customer rating and confirmation rate, and the same results are also shared with the drivers. This service level assessment is quite a standard instrument also used by other gig economy companies such as Deliveroo. They use algorithms to compare the contractors’ performance estimating the medium average time necessary to complete a specific trip taking into account what the company has defined as “reasonable delay.” Another example of how to assess the workers’ performance using algorithmic management is given by Amazon, where according to real-time “pick rate,” the algorithm sends systematic instructions to workers guiding them in the most efficient path to pick the requested objects from the shelves.

The idea that technological breakthroughs will necessarily imply progress for most of the actors involved is at the base of the Techno-deterministic approach (De Stefano, 2018). Namely, the use of algorithms will consist of a step toward management and would create new opportunities for flexible work seekers and those enterprises projected in the future. New business types of organizations and users are supporting this approach enjoying the algorithm's potential. The gig economy, access economy, or shared economy are terms frequently used to identify new technology enthusiast subjects of the economic market, which based their business strategy on the use of Algorithmic Management through mobile apps. Algorithms are incredibly useful tools used to accomplish tasks efficiently and, more importantly. They can aid the user in accomplishing them most efficiently. Undoubtedly, their implementation is improving the lives of several workers in many ways. However, the use of their potential is in the hands of the developer and of the enterprise that required its creation, this if on one side is leading to economic efficiency on the other is arising severe threats to fundamental workers' rights because of the over-trusted algorithms' ability to control and manage human beings efficiently. Algorithmic management might push Taylor's classic work division between mental and manual work to the next step, where algorithms will perform the first work and human beings the latter, leading to intrusive and dystopic work practices. The effects of algorithms employment in our economy need particular attention because of the relation between human beings and apps. This must be managed wisely by national and international legislators to guarantee that worker's rights protection would not be considered as an obstacle that leads to economic losses for the company but a vital social paradigm to do not shatter.

c. Gig Economy

Hillary Clinton, in 2015, during her election campaign, introduced the expression "Gig Economy," focusing on the flexibility of its job positions. According to the Oxford Dictionary, its labor market is characterized by the prevalence of short-term contracts or freelance work instead of permanent

jobs. (O.U.P., 2019) She highlighted the existence of the gig workers and their labor issues, taking them out from the unknown black box. In the show business "gig" means the payment or cachet given to an artist for its performance. Usually, this is short, flexible, and temporary.

The gig economy was born to identify all those works, which characterized by these same characteristics. Very often, students or people who did not need a full-time job ideally suited to this kind of work. Gig workers are usually technology enthusiast that regularly use apps based on algorithms. Therefore, to them, their use is natural and considered secure. The company's app provides them jobs or "gigs" to do in real-time, without the necessity of human contact, and if you are not fast enough to accept the job, you might lose it. They are not obliged to accept those works, but the app will record the refusals lowering down their assignment priority in case of low acceptance rates. Therefore low rate means for the worker that he will receive fewer job offers in the future; this particular feature highlights how the performance's efficiency is the crucial aspect taken into account by the algorithm.

Consequently, the app decides the price of the job in advance and selects the workers and the customers in a vertical relation where every single aspect is already calculated and planned. This characteristic is crucial in the distinction between companies that are parts of the gig economy and those parts of the so-called sharing economy; their approaches and thus, their apps are also different. The latter is allowed for the parts, customers, and providers to arrange the work's details autonomously. It is evident, therefore, that in this case, the algorithm leaves the freedom of choice to the users preserving a fundamental human relation. The notorious accommodation app Airbnb is a clear example of this other face of the algorithm's base work reality.

Algorithms are revealing themselves as an incredible opportunity to boost the economic profits and to create new jobs thanks to their powerful elaborating data capacity. Also, the possibilities for their users are steadily increasing,

creating new types of business or working habits. Users can share their car, rent their house, or offer their competences to the best offerors without the direct intervention of a human agency. Nevertheless, even if algorithms are created with the best intentions, they may lead to unintended consequences. Considering the increasing number of gig workers, one-third of the U.S.A. workers (McCue, 2018) and around one million in Italy (Cottone, 2018) analyze their job positions, and especially the protection of their fundamental rights is essential. Spare time is what in the original idea of the gig economy creators was supposed to be exchanged for student's little works; however, the increasing notoriety of these job portals like Deliveroo, Uber(eats) or Foodora has attracted not only part-time job seekers but also regular unemployed people unable to find a full-time occupation. These are falling back on the accessible job possibilities offered by these companies. It is not required any particular skill but only the will (or necessity) to work and to possess a smartphone. These characteristics, jointly with the economic crisis, increase the number of full-time gig workers, changing the essence of the notion of "gig." Therefore mix between adverse economic conditions and the facility to become a gig worker has modified the nature of the gig economy. From part-time students, now a considerable part of gig workers is working daily and full time. However, they are still considered as "part-time collaborators," earning low basic income with a very basic or mostly none trade union representation.

2. ASSESSING THE PROTECTION OF WORKER'S FUNDAMENTAL RIGHTS

a. The lack of accountability

Algorithmic management might sound like the future, but it has uncanny echoes from the past (O'Connor, 2016), and it is arising from new social severe concerns. Some critics like Guys Standing, a British professor of Development Studies at the School of Oriental and African Studies, University of London, and co-founder of the Basic Income Earth Network, are stressing the social impact of the Algorithmic Management in the labor market. His foremost critic is against the creation of

a "precariat" class of workers by the Gig economy that does not share the same level of protection with the traditional workers. Some companies are accused of using the algorithms potential to opaquely over-control their "contractors," to manage them with the smartphone in their pockets, to reduce or even to remove any kind of human relations in the job activities, in the end to dehumanizing them exploiting the current lack of specific legislation and the economic crisis.

Algorithms are used to monitor and to pay the workers only what the company wants to pay them according to indicators that recall those used by Taylor hundreds of years ago. An army of workers coming from the bottom of the labor market, attracted by promises like "being your boss," by the increasing amount of available jobs and by the security of regular payments, is contracting themselves to companies that have considerable opportunities to greedy exploit them and very few legal limitations. The algorithmic management seems like a contemporary or futuristic phenomenon by is potentially dangerous as or even more than the past scientific management. The implementation of algorithms-based apps in the labor market is affecting how workers are managed and their ability to effectively communicate with the company, creating concerns about the increasing the lack of human contact in working relations. These workers are managed by an algorithm, not by human beings; the app is their only instrument to communicate with the company. On the other hand, the intentions of the app's developers should reduce the risk of management misbehave or biases, increasing the risks of algorithmic discrimination and workers' legal misrepresentation. A clear example of algorithms' questionable judgment is given by the food riders selection process. Those, which have been reviewed too many times badly face the risk of being excluded from the most profitable jobs or directly from the access to the platform. To guarantee a high level of customer satisfaction is essential for business.

Nevertheless, what happens when the bad or negative reviews come from fussy customers, or because of medical reasons, it is not possible to complete a task according to what the algorithm has calculated as the acceptable range of efficiency? Customer's bias influences the worker's evaluation as analyzed by the algorithm, lowering down the performance score without any human supervisor double-check. Considering that the possibility to login into the apps for the workers is affected by the customer's judgment, this lack of double evaluation filtered by human interaction generates a severe threat for their employment opportunities, algorithmic limiting the possibility to work and leaving the workers without the possibility to protect their fundamental rights through a trade unions intervention.

Gig economy companies and governments are creating algorithms capable of collecting, store and analyze a massive amount of data, instruments fully capable of being the new managers of human workers, arising a serious question regarding the accountability of their actions in the decision-making process. To Marc Rotenberg, executive director of the Electronic Privacy Information Center, based in Washington D.C.:

> The core problem with algorithmic-based decision-making is the lack of accountability. Machines have become black boxes, even though developers and operators do not fully understand how outputs are produced. The problem is further exacerbated by 'digital scientism' – an unwavering faith in the reliability of big data. 'Algorithmic transparency' should be established as a fundamental requirement for all AI-based decision-making. There is a more significant problem with the increase of algorithm-based outcomes beyond the risk of error or discrimination – the increasing opacity of decision-making and the growing lack of human accountability. We need to confront the reality that power and authority are moving from people to machines. That is why Algorithmic Transparency is one of the significant challenges of our era. (Rainie and Anderson, 2017)

Judith Donath of Harvard Berkman Klein Centre for Internet & Society has found in the design and it the information sharing of the app, two critical elements to counterbalance the power of the algorithms in the decision-making process, design and easily accessible information:

> Data can be incomplete, or wrong, and algorithms can embed false assumptions. The danger is an increased reliance on algorithms because the decision-making process becomes oracular: opaque yet unarguable. The solution is designed. The process should not be a black box into which we feed data and outcome an answer, but a transparent process designed not just to produce a result, but to explain how it came up with that result. The systems should be able to produce precise, legible text, and graphics that help the users – readers, editors, doctors, patients, loan applicants, voters, and others. – understand how the decision was made. The systems should be interactive to examine how changing data, assumptions, and rules would change outcomes. The algorithm should not be a new authority; the goal should be to help people question authority. (Rainie and Anderson, 2017)

A challenge must be faced considering how fast algorithm-based systems' presence and relevance are growing in the labor sector—assessing the problem of data reliability and decision-making accountability, supporting the idea of an ethical algorithm's design. It is not possible to leave the design process entirely controlled by companies' engineers or self-programming algorithms when workers' fundamental rights are at stake. Therefore, governments should legislate on this critical issue, regulating algorithmic management implementation, defying the limits in the criteria used to elaborate data, increasing the transparency and the human accountability behind algorithms' decisions.

b. A flexibility dilemma: one person flexibility is another man insecurity

Algorithmic management is giving people the possibility to work in a fully flexible work environment and be “their boss.” The category of part-time workers, mainly composed of students, is usually enjoying this freedom. Due to the flexible and unregulated nature of their performances, companies consider them independent contractors without legal protection, minimum working hours, or strict working schedules respect. What can be considered acceptable under the lens of a temporary and voluntary part-time job becomes a social dilemma when full-time workers have applied the same level of protection, generating severe problems regarding the respects of their first labor and human rights.

Since the industrial revolution, many companies have focused their efforts to maximize the profit to the detriment of their employees. In 1911, the U.S.A. Congress investigated and summoned Taylor because of its managerial method. Trade unions all over the country backlashed against the widespread implementation of the scientific management method trying to stop it, claiming for a fairer, respectful, and less dehumanizing working environment. Like in the past, nowadays, workers have begun to strike and protest asking for labor rights and the availability from the companies to collective bargain their contractual terms. From the U.S.A. to Europe, they share the same worries generated by the lack of legal protection against gig economy companies’ abusive conduct because of the misclassification of their employment status. These new undefined type of temporary employees are working in what is called “flexible working conditions,” without having a local office to refer at in case of problems, without being officially employed by the company or working with zero hours type of contracts, often forced to accept clauses of self-employment. These practices are limiting or excluding them the access to a proper social security system, the right to freedom of association and collective bargaining, finding themselves in breach of competition and antitrust law’s regulations. (De Stefano, 2015)

Gig economy's companies are classifying workers as independent contractors, introducing "independent-contractor clauses" in their agreements with the workers, or even "enhanced independent contractor clauses" trying to deny any kind of employment relationship between the companies and the workers and also any future possible employment relationship. Everyday use of these clauses is to specify that the platform only "provides a venue for third-party Requesters and third-party Providers to enter into and complete transactions" in this way the company is excluding his involvement in the service provision by specifying that it is "not involved in the transactions between Requesters and Providers."

Also specifying that:

> As a provider, it is required for performing services for a requester in the capacity of an independent contractor. Then not as an employee of the requester. This agreement does not create an association, joint venture, partnership or franchise, employer/employee relationship between Providers and Requesters, or Providers and Amazon Mechanical Turk. (Amazon Mechanical Turk Participation Agreement, 2014)

This classification of work relationships, even if it guarantees the flexibility of the gig economy labor system, is allowing the companies to do not bargain wages and keep the contractors in a state of uncertainty. The fee paid to them can change without any kind of negotiations, individual or collective, and being notified only through the app. UbersEats runners in London have seen their payments reduces from 20 pounds per hour to a piece-rate system without being involved in the decision-making process, so that their wage criteria drastically changed without any bargain or agreement. For these reasons, gig economy workers and trade unions are protesting and starting the legal process against many international firms.

Deliveroo runners demonstrated in August 2018 against their working conditions helped by the Independent Workers' Union of Great Britain, asserting to be over-controlled, to work as real employees but without having the

same level of protection or recognized rights, claiming hourly minimum wages, holiday pay and sick pay. They are asking for job security and for having their work position defined legally and in the base of the nature of their working relationship with the company, according to what the International Labour Organisation consider the principle of "primacy of fact"[1].

c. New challenges for workers representation

Gig economy workers' characteristics are different and unique; their unclear or unrecognized classification and inclusion in the conventional labor work contracts is limiting their access to collective bargaining. In most of the countries where gig economy companies are operating, trade unions are implementing new strategies to engage and represent them (I.L.O., 2016). Also, gig workers are trying to organize themselves in new collective entities. The "boundlessness" of the work based on algorithm-based apps consists of workers dispersed all over the countries, facing high mobility and isolated due to the nature of their task. This constitutes a limit to trade union's action; therefore, because of the indirect competition between workers and the nature of this on-demand transnational job, representing them is difficult without a precise legal regulation. Considering the different national legislations, phenomena such as "unequal bargaining power" and "economic dependence" create new, unique challenges to collective representation. These issues must be faced by existing Trade Unions to attract new affiliates among gig workers and re-recognize the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining amongst the panoply of human rights. (Johnston and Land-Kazlauskas, 2018)

The nature of gig workers requires new tools and forms of representation to win the challenges arising from the algorithmic management business approach. One solution might

1 In force in many European countries, it ensures that the determination of the existence on an employment relationship is to be guided by the facts relating to the actual performance of work and not based on how the parties described the relationship (I.L.O., 2015).

be the implementation of transnational sectoral bargaining and to focus the attention of legislators and politicians on these issues, as it happened in the past. In June 2017 the European Union adopted the "Resolution on a European Agenda for the collaborative economy" with the scope of "underlines the paramount importance of safeguarding workers' rights in the collaborative services – first and foremost the right of workers to organize, the right of collective bargaining and action, in line with national law and practice [...]" (Alessi, Barbera, and Guaglianone, 2019). In that regulation, it is clear the will of the European Parliament to highlight the importance of enjoying collective bargaining right for the gig economy's growing self-employed workforce labor.

It is crucial therefore to highlight as positive the spontaneous born of a variety of different organizational structures, which are giving voice and representation to worker's interests such as worker centers and online forums, increasing their political and legal consciousness, giving them a place from where support and organize their efforts to improve their working conditions.

3. THE AMAZON CASE

The company, born in Seattle in 1994, is probably the enterprise that most of the others have embedded Taylorism management principles and has been able to apply for the first time the algorithmic management in the logistics system. As Henry Ford did before him, Jeff Bezos, founder of Amazon, does extensive use of algorithms, merging strict tasks and worker's control with the use of highly technological instruments. Every single step on the logistics-chain, from inbound warehouses to outbound delivery services, is strictly monitored and planned by sophisticated algorithms, keeping records of every data monitored during the working process in a central database. Every step is composed of simple actions: picking, packing, delivery. All these actions are carefully monitored and standardized to achieve equal efficient performances globally. The control of workers' behave is realized through sophisticated items. For example, scanners are provided to all the "pickers,"

and all of them have active microphones and cameras. As in the Fordist production line, every step of Amazon's logistics chain is oversimplified and detailed planned by engineers so that the worker is required only to follow simple instructions shown in their display without performing any discretional action. All the tasks are measured, and the performance of each "picker" is compared with an ideal efficient reference to assess it. Every manager has the task to monitor and recall those workers that do not complete their tasks in the expected time provided by the app, and above them, higher ranks of managers control their performance in a pyramidal vertical structure that does not require nor accept bottom-up contributes. Algorithms in digitalized services factories are used instruments to command and control every workers' action limiting any kind of autonomy or freedom of action in a logic where the lust for monetary efficiency is self-evident. Next step to increase workers' performances, an electronic bracelet has already been patented and tested by Amazon. Soon it will be introduced to free the hand of pickers from their scanner, allowing them to complete their tasks smoothly and faster, increasing their personal and so the general efficiency of the picking process. In the panoptic Amazon's warehouses, algorithmic management is pushed to the limit to the extent that all the human workers (from those employees who perform a primary task such as pickers and managers) are controlled and managed by algorithms. This process of human-automation is not only limited to Amazon's employees, but it is extended to the courier companies through the app "Relay," enacting was has been described as a process of Uberatization of the logistic sector. (Cunnane, 2017)

Another critical aspect that Amazon is embedding from Fordism is the attempt to avoid any kind of collective bargaining. The problem mentioned above arose in the gig economy is enhanced by Amazon's corporate architecture. Each warehouse is managed by an independent firm limiting the application of national labor representation laws. One example is given by a recent German case.

In *Deutschland*, the law imposes to any factory with more than 2000 employees a series of workers representation bodies. However, the company is limiting the number of its full-time employees below that limit value to avoid any kind of collective bargaining or productive workers representation. Temporary employees are employed with an easily solvable contract to limit their right to strike within the warehouse. The areas where Amazon decides to open a new warehouse is also strategic. The company choices regions underdeveloped or affected by the economic crisis. Workers can be national or foreigners, without any specialization or particular talent. What pool them is to find in Amazon the best and secure job possibility in their area because of the security granted by regular payslips and planned schedule. It is permitting them to plan their lives and secure a fixed income at the cost of reduced fundamental personal rights. In Italy, Amazon applies the collective contract, which provides workers with not so different protection from the one granted to their German colleagues. In the warehouse located in Piacenza, substantial shifts and the non-acceptance of negotiation with the local trade unions backlashed in 2017 during the Black Friday. On that occasion, a strike joined by several 50, and 10% of the employees obtained the Italian government's attention and can be considered the first step toward an increased worker's collective consciousness in the "bel paese." However, the outcome of this act of protest is uncertain, considering that the company has not changed its effective policy, and it has increased the hostility against the local trade unions. These cases are useful to understand, which might be the future perspective of many other companies in the logistics sector and how to face this new form of digital-Fordism. Currently, in Germany, as in other parts of the world, the exclusion of trade unions and the non-acceptance of negotiations have resulted in a legal case won by the *Bündnis 90/Die Grünen or Grüne* (German Green Party) on behalf of workers.

To win the challenges arose by Amazon as well as other gig economy companies the trans-nationalization of the conflict seems the best way to tackle the misuse of algorithmic management, informing the gig workers regarding their fundamental

rights and giving them an effective trade union representation. Meanwhile, collective legal actions at the national level appear to be the only viable solution to stop or reduce workers' rights restriction.

4. FUTURE PERSPECTIVE: TRIUMPH OF NEO-TAYLORISM OR HARMONISED INCLUSIVE SOCIETY?

> *"Regulation and collective governance of these processes will not be built in a day, but they are essential to ensure that the benefits of technological advancements improve our societies inclusively and as a whole" (De Stefano, 2018)*

Algorithmic management is posing new challenges to society. When data and predictive modeling become paramount, its overall impact is presently incalculable because it is mostly hidden from public view. Barry Chudakov, founder and principal at Sertain Research and StreamFuzion Corp, U.S.A. said:

> The main negative changes come down to a simple but now quite difficult question: How can we see and fully understand the implications of the algorithms programmed into everyday actions and decisions? The rub is this: Whose intelligence is it? [...] Our systems do not have, and we need to build in, what David Gelernter called 'top sight,' the ability to not only create technological solutions but also see and explore their consequences before we build business models, companies and markets on their strengths, and especially on their limitations. (Rainie and Anderson, 2017)

Designing human-oriented algorithms are, therefore, an answer to their lack of accountability. They must be written not only seeking economic efficiency but also guaranteeing the respect of fundamental rights. Experts in canvassing noted that algorithms are primarily written to optimize efficiency

and profitability without taking seriously into consideration the possible societal impacts of data modeling and analysis. They argue that humans are considered to be an "input" to the process and are not seen as real, thinking, feeling, and human beings. They say this is creating a flawed, logic-driven society and that as the process evolves – that is, as algorithms begin to write the algorithms – humans may get left out of the loop, letting "the robots decide." (Rainie and Anderson, 2017) Jeremias Prassl, a law professor at Oxford University, said: "Algorithms are providing a degree of control and oversight that even the most hardened Taylorists could never have dreamt of" His words confirm that the techno-deterministic approach has not only focused solely on the quantity of the results but also on its quality; in fact, not only are performances controlled by algorithms but also employees' dismissals. To challenge this approach is essential to foster the "Human-in-command" approach advocated by the European Economic and Social Committee's Opinion on Artificial Intelligence, limiting the power of the algorithmic management on dismissal decisions by subjecting this process, affecting human beings lives, to human being review, the only one which is still legally accountable—eliminating thus the possibility for the companies to exclude their legal and personal liability for the limitations or violation of worker's fundamentals rights.

Considering the Amazon case as the leading one of an industry-type of management applied to the logistics, the next step in the employment of algorithmic management is to apply it in the traditional service sector. Companies like Subway or McDonald are already using the principles of scientific management, and it would not take too long for them to switch to algorithmic management.

Since the scientific management of the algorithmic one, enterprises have focused their attention on production efficiency sacrificing fundamental worker's rights, reducing their freedom of action, and monitoring each step of the production-chain, avoiding any "deviance." Trade unions and national legislators enacted different strategies to affect the

equilibrium between performances and workers' protection with different results. In the U.S.A., traditionally, the role of trade unions has been reduced, limiting the collective bargains, meanwhile, in the north of Europe, several nations have enacted a different approach arbitrating this interest's clash. Supporting agreements between the parts and fostering a constructive dialogue between workers and enterprises, their governments are managing directly the problem rather than ignoring it. The legislator's capacity is, in the end, a key factor to limit aggressive forms of management in the gig economy sector as much as in others. Not only by limiting the use of an intrusive form of technologic surveillance but, more importantly, implementing new legal and contemporary conceptions of employment or modifying the already existing to guarantee to *de facto* employees their fundamental labor rights protection. Regulating the legal position of full-time gig workers on the base of the "primacy of fact" principle, it is therefore vital as expressed by the Italian scholar Ludovico Barassi, which hundred years ago based the existence of employment status on the relation of subordination between the employer and the employee, a link that is self-evident in the gig economy.

Algorithmic management is creating new employment opportunities, better and cheaper consumer services, transparency, and fairness in those sections of the labor market, usually characterized by inefficiency, opacity, and capricious human bosses. These new opportunities are flexible and following our contemporary liquid society. However, it is essential to pose some questions regarding its evolution: How will it affect the legal protection of the involved workers and what national governments will do to avoid the violation of fundamental rights? Will the employment/self-employment status be legally redefined? Will worker's rights be extended to a hypothetical new form of employment? Are we moving toward a "Taylorism on steroids" form of society, or will it evolve into a synergetic relationship between human beings and algorithms?

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Alessi, C., ↱Barbera, M. and ↱Guaglianone, L. (2019). *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*. Bari: Cacucci Editore. Recovered from: https://www.cacuccieditore.it/impresa-lavoro-e-non-lavoro-nelleconomia-digitale-9788899068516

Amazon. (2014). Amazon Mechanical Turk Participation Agreement. Recovered from: https://www.mturk.com/mturk/conditionsofuse

Cattero B. and D'Onofrio M. (2018). Quaderni di rassegna sindacale, (no. 1). Roma: EDIESSE S.R.L.

Cottone, D. N. (2018). Dai rider ai servizi cloud, un milione gli addetti della gig economy. *Il Sole 24 ore*. Recovered from: https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-06-02/da-rider-servizi-clouding-lavori-gig-economy-coinvolgono-milione-addetti-194540.shtml?uuid=AEOwdSzE

Cunnane, C. (2017). *Amazon Launches Trucking App*. Recovered from: https://logisticsviewpoints.com/2017/11/29/amazon-launches-trucking-app/

De Stefano V. (2018). 'Negotiating the Algorithm': Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41(1). SSRN: https://ssrn.com/abstract=3178233 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3178233

De Stefano, V. (2015). The Rise of the 'Just-in-Time Workforce': On-Demand Work, Crowd Work, and Labour Protection in the 'Gig-Economy.' *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2682602. SSRN: https://ssrn.com/abstract=2682602 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2682602

Johnston, H., and Land-Kazlauskas C. (2018). Conditions of work and employment series (no. 94). *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the Gig economy*. DOI:10.13140/RG.2.2.12235.90400.

McCue, T. J. (Aug 31, 2018). 57 Million U.S. Workers Are Part Of The Gig Economy. *Forbes*. Recovered from: https://www.forbes.com/sites/tjmccue/2018/08/31/57-million-u-s-workers-are-part-of-the-gig-economy/#5aa9939f7118

Montgomery D. (1989). *The Fall of the House of Labor: The Workplace, the State, and American Labor Activism*. Cambridge University Press, Paperback edition, (pp. 1865-1925).

O'Connor, S. (2016). *When your boss is an algorithm*. Recovered from: https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35

Oxford University Press O.U.P. (2019). *Lexico.com*. Recovered from: https://en.oxforddictionaries.com/definition/gig_economy

Rainie, L., and Anderson, J. (2017). Code-Dependent: Pros and Cons of the Algorithm Age. *Pew Research Center*. Recovered from: https://www.pewresearch.org/internet/2017/02/08/code-dependent-pros-and-cons-of-the-algorithm-age/

Taylor F.W. (1903). *Scientific Management* (includes "Shop Management").

Taylor F.W. (1911) *The Principles of Scientific Management*.

Taylor F.W. (1912) *Testimony Before the Special House Committee*. Routledge, ISBN 0-415-27983-6.

Travis Kalanick, C.E.O., and Co-Founder of Uber. (Mar 29, 2016). CNBC Transcript: Interview with Travis Kalanick, C.E.O., and Co-Founder of Uber. *CNBC New Releases*. Recovered from: https://www.cnbc.com/2016/03/28/cnbc-transcript-interview-with-travis-kalanick-ceo-and-co-founder-of-uber.html

Zuboff, S. (2015). Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology,* 30, (pp. 75–89). DOI:10.1057/jit.2015.5. SSRN: https://ssrn.com/abstract=2594754

Recived: 10/04/2020
Approved: 12/06/2020
Massimiliano Geraci: Master of Science in Complex Administrations and Organizations Science - Public Management, Università degli Studi di Palermo, Italy.
Email: geracimassimiliano88@gmail.com
City: Palermo
Country: Italy

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.251

Trade Secrets, a key factor in the successful internationalization of a world-class Italian drink: The Campari case

Secretos Industriales, el factor clave en la exitosa internacionalización de una bebida italiana de clase mundial: Caso Campari

Maria Daniela Núñez Viera
Master of Arts in International Trade and International Relations,
Universitá degli Studi di Palermo, Italy.
City: Ambato
Country: Ecuador

Original article (research)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 296-318, ISSN 2588-0837

ABSTRACT: In recent years, trade secrets have been gaining importance within the IP world. Successful stories where secrets are the core of a business's success have inspired many companies to protect their valuable knowledge under secrecy instead of using other IPRs. One of the world's most important trade secrets is Coca-Cola. However, there exists another secret recipe for the preparation of a famous bitter liquor called Campari. This unique, vibrant red drink became a contemporary icon of the Italian lifestyle and, more, a world-synonym of the "Made in Italy". Famous cocktails such as the Negroni or James Bond's Americano have contributed to expanding the popularity of Campari, which is now distributed in more than 190 countries and has more than 20 production plants worldwide. This paper aims to analyze Campari's trade secret story and its crucial role in the transformation of a family business into one of the world's major players in the alcoholic beverages industry.

KEYWORDS: Law and economics, intellectual property, trade secrets, industrial development, competitive advantage.

RESUMEN: En los últimos años, los secretos industriales han ido ganando importancia en el mundo de la propiedad intelectual. Varias historias exitosas donde los secretos comerciales son el núcleo del éxito empresarial han impulsado a que muchos negocios opten por proteger su información valiosa a través del secreto industrial en lugar de otros derechos de propiedad intelectual. Uno de los secretos comerciales más famosos del mundo es Coca-Cola, sin embargo, existe otra receta secreta para la preparación de un famoso licor con un particular gusto amargo llamado Campari. Esta bebida de color rojo intenso no solo se convirtió en un icono del estilo de vida italiano sino en un símbolo contemporáneo de la industria italiana misma. Cocteles mundialmente famosos como el Negroni o el Americano de James Bond han contribuido a expandir la popularidad de Campari, que actualmente se distribuye en 190 países y tiene más de 20 plantas de producción en todo el mundo. El objetivo del presente estudio es analizar la historia del secreto comercial de Campari y su papel como factor clave en la transformación de un negocio familiar, en una empresa líder mundial en la industria de las bebidas alcohólicas.

PALABRAS CLAVE: Derecho y economía, propiedad intelectual, secretos industriales, crecimiento industrial, ventaja competitiva.

INTRODUCTION

Nowadays, IP occupies a central role in the development and success of companies. For this reason, enterprises are always looking for the best scheme to protect their valuable knowledge. While many firms prefer traditional systems such as trademarks, patents, and designs, some others prefer trade secrets.

Secrecy is maybe the oldest way to protect valuable information, and today it is gaining importance, thanks to the diffusion of successful stories that have inspired businesses to protect their valuable information as trade secrets instead of using other IPRs. In this regard, the most famous case of a worldwide successful trade secret is Coca-Cola and its 130-year-old formula. However, there exists another secret recipe for

the preparation of a famous bitter liquor called Campari. This unique, vibrant red drink became a contemporary icon of the Italian lifestyle and, more, a world-synonym of the "Made in Italy". This paper aims to analyze Campari's trade secret story and its crucial role in the transformation of a family business into one of the world's major players in the alcoholic beverages industry.

The present study applied a critic-analytic methodology, and it is structured as follows: section number one exposes trade secrets' main concepts contained in the provision of the TRIPS Agreement, followed by a short analysis of why secrecy is essential and which are its limits. Section number two consists of a brief resume of the European and Italian legal framework where the Campari case takes place. As the core of the present work, section number three focuses on the history of Campari since its creation until its present situation. This analysis exposes the most relevant events that marked the story of Campari, divided into six sections. Subsequently, with an insight into Campari's internationalization path, section number four examines from a doctrinaire perspective the competitive strategies applied by Campari along the time. Lastly, the present work exposes the author's conclusions from her point of view.

1. TRADE SECRETS' BASIC CONCEPTS

The universal definition of trade secrets is a relatively new concept introduced by the TRIPS Agreement for the first time in 1994. Although the text refers to them as "undisclosed information" and not expressly as trade secrets, these were the very first provisions enacted to protect confidential data, which have been adopted by regional and national legal frameworks all over the world.

Art. 39, number 2, of the TRIPS Agreement (1994) defines trade secrets as:

(...) any information that:

> (a) is secret in the sense that it is not (...) generally known (...) or readily accessible to persons within the circles that usually deal with the kind of information in question;
>
> (b) has commercial value because it is secret; and
>
> (c) has been subject to reasonable steps (...) by the person lawfully in control of the information, to keep it secret. (World Trade Organization, 1994, p. 336-337)

Thus, a trade secret is any undisclosed information that generates an economic benefit to its holder, by rendering its products or services different from the others in the market. Trade secrets must remain confidential; otherwise, the relevant information would be openly known by competitors, turning the original product into something easy to duplicate and consequently reducing the business' profits. Furthermore, publicly- disclosed information loses its uniqueness, but it completely annuls the "trade secret status" and the legal protection that it implies.

Consistently with the previous paragraph, the held given on September 18, 1996, by the Court of First Instance of the European Communities (1996) in the case T-353/94 *Postbank vs. Commission,* describes trade secrets as: "(...) information of which not only disclosure to the public but also mere transmission to a person other than the one that provided the information may seriously harm the latter's interests" (par. 87) In this regard, the Court emphasizes that trade secrets' real value is formed by the relevant information itself and the secrecy surrounding it, which is, in fact, the feature that renders the data's outcome exclusive. The Court furthers this assertion by explaining that the merest disclosure to anyone outside the "safe circle"[1] Of the TS holder puts at risk the total loss of the secret's value since data leaks allow competitors to reproduce or apply the secret information in their own business. To that end, the provisions of the TRIPS Agreement urge to the lawful

1 A safe circle in this context refers to a limited number of persons to whom the trade secret holder has disclosed the information to perform their activities within the enterprise.

holder of any trade secret to take "reasonable steps" to maintain its confidentiality.

Hence, in practical words, which are these reasonable steps to protect secret information? The Oxford Advanced Learners Dictionary online (2019) "reasonable" as something appropriate and practical. The TRIPS' intention when stating "reasonable steps" in such a general manner was to provide a wide range of possibilities for businesses to choose the security measure that best suits their interests.

Some actual examples of measures to protect trade secrets can be found in decision No. 05-1285 given in 2006 by the United States Court of Appeals, Seventh Circuit (2006), in the case of Confold Pacific Inc v. Polaris Industries Inc. The Court enlists security measures such as: "(…) executing confidentiality agreements with employees and others and by hiding the information from outsiders using fences, safes, encryption, and other means of concealment (…)" Safe-vaults, encryption, non-disclosure agreements, digital and physical fences are the most common methods used to protect trade secrets. However, it is not compelling for businesses to apply these means but to seek the best option to protect their confidential information according to their needs and economic capacity. In this manner, a start-up or a small company might not be able to afford high-tech monitoring services, while multinational companies have the economic capacity to implement sophisticated security systems in their headquarters or production plants.

For instance, according to WIPO, Coca-Cola's formula is considered the "best-kept secret in the world". According to a declaration given by some high-rank executives of the company, the written formula of Coca-Cola is kept at the Trust Company Bank in Atlanta in a security vault, which can be opened only by the authorization of the Board of Directors. Besides, the company has designed a rigorous internal policy, which establishes that the formula must be divided into two parts; each part must be known only by one person whose identity is also confidential. Moreover, these selected persons are not allowed to meet, speak, or travel together. (World Intellectual

Property Organization, n.d.; Braet and Verhaert, 2007, p. 186) In this way, Coca-Cola has ensured the confidentiality of its formula for more than 100 years.

While moving on to the kind of information that can be safeguarded as a trade secret, it is essential to mention that the threshold of protection of this system can reach the areas that other IPRs do not cover. The amount of assorted data that can be preserved as a trade secret is immense, and precisely such resilience renders trade secrets a very attractive tool for companies seeking to protect their intangible assets.

The doctrine has further analyzed the expression "information" used by the TRIPS to define trade secrets' by classifying in three groups the different types of data that can be protected:

a. Secrets are related to the business's technical-industrial area, such as recipes, scientific formulas, industrial designs necessary to perform manufacturing or assembling activities.

b. Secrets related to the commercial activity of the company, such as sales reports, marketing campaigns, suppliers, and client lists.

c. Secrets related to the internal organization of the enterprise, such as relations among personnel or the financial situation of the company. (Payán, 2011, pp. 211-212; Gómez Segade, 1974, mentioned in Payán, 2011)

Further examples of trade secrets include algorithms, chemical compounds, laboratory notes, databases, business plans, the salary structure of a company, price lists, manuals, and production processes. In this sense, it is also possible to say that a patent under development could be protected as a trade secret since obtaining a patent must fulfill the novelty factor, which establishes that the invention must not be part of the public-domain knowledge when filling the application.

Thus, this flexible and far-reaching scope of protection combined with the long-lasting lifecycle of a trade secret, the lack of formal registration procedures (since the information must only comply with the three requirements stated by the TRIPS) and their relatively low-cost in confront with other IPRs has encouraged business to rely more on secrecy increasingly. (Nunez, 2019, p. 72-73)

To conclude, this first section is essential to mention the limits of trade secrets. First of all, trade secrets are not always recognized as an actual IPR, and such acknowledgment depends entirely on the laws of the country in which they are protected. Besides, differently from other IPRs, trade secrets do not confer to its holder any exclusive right over the protected information. Thus, the main issue is not the disclosure of information through unlawful means but by the lawful manner of the eventual discovery of the TS content. In this regard, the TRIPS Agreement and consequently regional and national legislations consider independent discovery and reverse-engineering as honest means to obtain secret data. Thus, any person who acquires a trade secret by using these honest methods cannot be sanctioned as no illegal act was committed and cannot be prohibited from using the information in question. (Nunez, 2019, p. 39)

Nevertheless, these restrictions should not be considered as a discouraging factor of trade secrets since some information might be very complex or extremely expensive to decipher by independent discovery or by using reverse-engineering, dissuading competitors from acquiring the trade secret in question. This threshold can be considered a helpful guide when choosing the best IP system to protect valuable data. In this sense, if the information contained in a product, process, or method can be quickly revealed by applying reverse engineering, the holder may opt for a different IPR such as patents or copyrights (depending on the nature of the data). On the other hand, if the relevant information is difficult to decipher by the reverse engineering process, trade secrets are among the most suitable systems to adopt. (Nunez, 2019, p. 40)

2. A BRIEF REVIEW OF THE EUROPEAN AND ITALIAN LEGAL FRAMEWORK RELATED TO TRADE SECRETS

As mentioned in the previous section, the TRIPS Agreement is the international treaty that provides the standards for the protection of trade secrets. Hence, the European Union and all its Member States are bound to the TRIPS provisions.

It is essential to mention that despite the TRIPS provisions, European national legislations still had significant differences regarding trade secrets' tutelage. For this reason, in 2016 the European Parliament adopted the Directive 2016/943 in order to provide a minimum set of standards for the protection of trade secrets within the European Union and thus, foster cross-border research, development, and innovation while securing to European companies a sufficient and consistent legal framework protecting their secret intangible assets. The Directive established a standard definition of trade secrets within its significant premises and, more importantly, it harmonized the civil means that trade secret holders can claim in the case of the misappropriation, unauthorized use, or unauthorized disclosure of their valuable confidential information. (Nunez, 2019, p. 34-35; European Parliament and the Council of the European Union, 2016, p. 2-8)

Moving on to the Italian context, as a Member State of the EU, it is subject to the TRIPS dispositions and also to the Directive 2016/943, which as a legislative act it establishes the set of objectives that all EU Members must comply. Regarding Italy's national legislation, the Industrial Property Code (CPI) is the primary legal document for the protection of trade secrets. Among its main provisions, the CPI recognizes trade secrets as an IPR, allowing their lawful holders the possibility to claim for civil redress against infringement, including damages indemnity and the refund of the infringer's profits. (European Union Intellectual Property Office, 2018, p. 149)

3. INSIDE CAMPARI: HISTORY AND EVOLUTION

3.1 Campari's origin and the *aperitivo* culture in Italy (the 1860s)

Campari is par excellence, an icon of the Italian aperitif culture. *Aperitivo* (aperitif) derives from the Latin word *aprire*, which means "to open". In this particular context, the *aperitivo* was a drink consumed before the dinner to stimulate the appetite. The aperitif tradition was born in Turin at the end of the 1700s as a social ritual that marked a before and after in the Italian lifestyle. During those years, the industrial production of alcoholic beverages was still inexistent. Thus, cafes used to prepare their artisanal liquors and infuses. (Campari Academy Barcelona, Spain, 2019) Liquor-masters of the time were very protective of their creations, serving them at their places only. As a consequence, clients were compelled to visit the same bar to enjoy their favorite drink.

Within this environment, in 1860 in Novara, a skilled liquor producer called Gaspare Campari, invented a vibrant-red aperitif with a particularly bitter taste obtained from the infusion of a secret blend of herbs, aromatic plants, and fruits with digestive properties. Initially, Gaspare Campari named his new invention *Bitter all' Uso d'Holanda* as it was inspired by the liquors served in the Netherlands at that period. However, with time and its growing fame, Gaspare's special drink started to be known as "Campari" on behalf of his surname. (National Geographic Italia, 2012)

After leaving Novara and moving to Milan, Gaspare Campari opened the *Caffe Campari* at the brand-new Galleria Vittorio Emanuele II in 1867. (National Geographic Italia, 2012) This passage is fundamental in the history of Campari and in the aperitif tradition itself since, even though this ritual was born in Turin, it was embraced and developed mainly in Milan, where its success was overwhelming, expanding to the rest of the world in the following decades.

3.2 Campari's first steps towards expansion (1904 - 1920)

Upon the death of Gaspare Campari in 1882, his sons Guido and Davide assumed the control of the family business. However, Davide was the real promoter of Campari's success in Italy and around the world. He was a genuine businessman with a very modern approach towards the management of the enterprise, which nowadays is still considered a visionary ahead of his time.

The expansion era of Campari started in 1904 when Davide opened the first Campari's production factory in Sesto San Giovanni, a little town that now makes part of Milan's metropolitan area. Back then, the area was the perfect place for growing industries as it was plenty of space and water. Furthermore, it was a well-connected zone, thanks to the tramway that passed near there.

In 1915, Davide opened the Camparino Bar at the Galleria Vittorio Emanuele II, as a "little brother" of the old *Caffe Campari* founded by his father. Differently from his predecessor, the Camparino Bar had an innovative system that provided a continuous flux of sparkling water coming directly from the cellar, offering to its clients an ideally refrigerated Campari Soda, the star drink of the bar. Additionally, the Camparino Bar was decorated according to the Art Nouveau style, with furniture pieces made by famous Italian artists and artisans. The combination of these elements converted the Camparino Bar into an institution within Milan, becoming the gathering place for intellectuals and celebrities who met to discuss politics, culture, and fashion while enjoying Campari. (Camparino, 2019)

During 1920, two of the most famous Campari-based cocktails were created: the Americano and the Negroni. These classic drinks represented the beginning of a new era for Campari since both cocktails were included in the official list of the International Bartenders Association (IBA). Further to this, the Americano gained international fame when it became James Bond's favorite drink in the movie 007 Casino Royale. (Campari, n.d.)

3.3 Building a brand through art rather than advertising: Campari's commercial campaigns (1920 - 1970)

Since 1920, following Davide's ingenious strategies, many great artists of the time, like Leonetto Cappiello or Ugo Mochi, started to collaborate with Campari, establishing the basis of a close connection between the brand and the world of art. (Campari, n.d.) This ambitious but smart approach reflected the image that Campari developed among its consumers: a drink that represented sophistication and elegance. Therefore, plain propaganda for such a product was not an option to consider.

Thus furthering that scheme, Davide created Camparisoda in 1932, which caused a complete revolution into the beverage industry as it was the first ready-to-drink product in the history of soft alcoholic drinks. The recipe was still similar to the traditional Campari and Soda served at the Camparino Bar, with the difference that the carbonated water i.e., the soda, was now added right before the product's bottling. Even though the concept of Camparisoda was already a significant innovation, Davide considered that to render it a truly unique product, it needed a unique-designed bottle. For this purpose, Davide contacted the Italian artist and sculptor Fortunato Depero who created for Camparisoda the first single-portion-bottle of the history, with a triangular design that recalls the shape of glass turned upside-down. In this regard, the designer Matteo Ragni (2012) commented that the design of Camparisoda's bottle and the idea behind it is so exceptional that it became an angular stone not only for the alcoholic beverage sector but also among the design world. (National Geographic Italia, 2012)

During the 50s and the 60s, Campari continued to work with talented artists to create captivating posters while following the trends of the moment, such as pop art or contemporary representations aimed to reach and impact modern cities' lifestyles. Besides, by the 1960s, Campari was already distributed in 80 countries around the world, demonstrating the success of its business strategy and its steady international expansion.

In the 1970s, Campari's commercial campaigns made another significant move, collaborating with great names inside the cinema industry. The most notable partnership was with the famous Italian director Federico Fellini, who agreed to work with the company due to his emotional link with the brand since his father used to be a big Campari customer.

3.4 The turning point of Campari: from a single-brand enterprise into a multinational company (1990-2000)

Since the 80s, during a period of economic growth in Italy, Campari (n.d.)consolidated itself as the "(…) star of exclusive and distinctive consumption occasions (…)" Becoming the symbol of a-first-class lifestyle in Italy, and more particularly in Milan, where the aperitif moment became an exclusive social meeting where people assist in affirming their status and in interacting with other attendees for professional or personal benefit.

In the 1990s, Campari adopts four new brand-values: international involvement, prestige, passion, and uniqueness which were the drivers of a new communication strategy, reflected in modern campaigns like "Red Passion" and also in the introduction of the Campari Calendar in 2000, which every year collaborates with renowned models and actresses like Salma Hayek and Penelope Cruz.

Lastly, as a leading international company, Campari reached its turning point in 1995 by incorporating its classic organic-growth method with an external growth approach, acquiring the first brands of its actual portfolio, and becoming a multinational company that is present nowadays in over 190 countries. [2]

2 Organic growth strategy: a business increases its operations by relying on its internal resources.
External growth strategy: a business increases its operations by employing resources that were not developed by the company itself, such as Mergers and Acquisitions (M&A) or strategic alliances.

3.5 Campari in the 21st century (2000 – until today)

Today, the Campari Group is the 6th major player in the global spirits and drinks industry, with over 50 world-premium brands comprising Cinzano, Aperol, Sky Vodka, and Glen Grant Whisky. Besides, the Campari Group has developed an extensive international distribution network with 18 manufacturing plants within Europe, North and South America, Oceania, and the Caribbean. (Campari Group, 2019)

The Campari Group headquarters are still located in the area of Sesto San Giovani in Milan. However, the production plant was transferred to Novi Ligure in the Italian region of Piedmont after 100 years of functioning in 2004. The new Campari plant is a 200.000m2 high-tech structure that was included by National Geographic in its "mega-factories" list.

On the other hand, the old installations were transformed into the new *Galleria Campari*, which opened its doors to the public in 2010 as part of the 150th-anniversary celebration of the brand. The gallery is a modern multimedia space that collects the artwork created for the company during the years. Likewise, in 2012 the company inaugurated its last creation, the Campari Academy, which offers formation courses for professionals in the bartending sector, but also to persons passionate about mixology. (Nunez, 2019, p. 39)

Both the Gallery and the Academy represent the new image of Campari, which turned from a drink-brand into an institution within the sectors related to the beverage industry such as visual arts, fashion, bartending, entertainment, and even lifestyle. It is fundamental to look back through Campari's history to realize that, what started as a popular drink part of a new tradition, transformed into a reference of Italian culture at the international level.

3.6 Keeping the recipe secret: a 150-year challenge

The recipe of Campari has remained secret for more than 150 years fostering several rumors about it. While some people say that Campari is prepared with almost 80 ingredients,

some others assure that, in reality, it contains more than 300. The truth is that only evident elements like alcohol, water, and sugar are known to be part of the recipe. While the unique blend of aromatic plants and fruit is an enigma that only a few persons in the company are aware of. (National Geographic Italia, 2012)

Whereas for family businesses, it's easier to commercially reproduce a secret formula for large companies like Campari. It represents a significant challenge, particularly when the legal provisions consider reverse engineering processes or independent discovery as non-liable manners for obtaining a trade secret. Therefore, Campari has adopted a strict security policy to keep its trade secret confidential without affecting its production of 160.000 Campari bottles a day. Some of these safeguard measures, similar to Coca-Cola's ones, provided that the identity of the persons aware of the secret recipe must remain confidential. This is the case of "Mister X" the person in charge of controlling the raw ingredients delivered to the factory and supervising certain phases during the preparation of Campari. In 2012 for the first time in the history of the company, Mister X explained Campari's production process to a crew of National Geographic for the filming of their TV program "Mega factories".

Mister X holds a high responsibility inside Campari since he is the only person allowed to perform some necessary actions during the production of the drink. For instance, each aromatic plant used in Campari's secret blend has been encoded by the enterprise with a unique ID number, which only Mister X understands. Furthermore, all the herbs delivered to the factory are packed and sealed, and the key of each cargo is shipped directly to Mister X.

Upon the arrival of the secret aromatic herbs to the factory of Novi Ligure, where Mister X conducts himself a preliminary inspection of their quality, they were also sending several samples to the production plant's chemical laboratory for further controls. After this initial examination, the core preparation of Campari begins.

From a locked room through a computer, Mister X establishes the amount of herbs necessary to prepare for Campari's unique blend. He determines such quantities by following the original recipe kept inside a safety vault. In the meantime, under Mister X's supervision, an operator proceeds to pour the herbs into a digital scale connected to Mister X's computer. The scale does not show any weight measurement units to the operator. Thus, Mister X is the only one able to determine the achievement of the exact amount of each ingredient and hence, authorize to continue with the following steps. Once the measurement stage has been completed, the herbs are mixed, grind, and infused first in water, then with alcohol, and subsequently distilled. The result of this process is the very core of Campari's flavor. (National Geographic Italia, 2012) At this point, the job of Mister X is done. However, the herb blend has to go through further stages to become Campari. The next steps comprise adding sugar and colorants, two filtration processes, multiple quality tests done by experts, and the chemical laboratory. Finally, after all these steps, Campari is ready to be bottled, labeled, and shipped within and outside Italy.

4. Analysis of Campari's trade secret management and its influence on its competitive advantage and the product's internationalization.

Even though Campari's secret formula i.e., trade secret was created by Gaspare Campari, it was his son Davide the person that transformed it into a famous worldwide beverage represented by a strong brand that nowadays not only offers its iconic product but also proposes special complimentary services, providing in this way a whole different experience to its consumers.

Furthering the relationship between trade secrets and business' competitive advantage, as stated by the scholar and economist Michael Porter, a competitive advantage derives from the aggregated value that a company offers to its customers, rendering the firm profitable and sustainable while achieving a leading position within an industry. Porter explains

that to achieve a steady competitive advantage, a company might pursue one of these three strategies: cost leadership, differentiation, and focus.

Through the cost leadership strategy, a company seeks to offer the lowest prices among its sector. For example, economies of scale encourage consumers to choose a product or service based on the best price. By following a differentiation strategy instead, the company attempts to distinguish itself by covering specific needs that consumers consider essential. For instance, in the mobile technology sector, iPhone by Apple offers its operative system iOS, while most competitors include the Android system developed by Google. Finally, the focus strategy is when the company selects within its industry a target group of customers with specific needs and personalizes its offer to attend that audience only. To this end, the company has two sub-alternatives: pursue a cost focus by seeking a price-advantage within its target audience, or follow a differentiation focus by seeking to distinguish itself always within the selected audience. (Porter & Advantage, 1985, p. 1-3)

Deepening Porter's theory, in order to achieve truly sustainable competitive advantage, a company must introduce a significant innovation into the industry. This innovation can be technological (like a new automated machine) or non-technological (like a recipe or a formula) granting the company an exclusive advantage over its competitors. However, to transform this benefit into a long-lasting advantage, the firm must be able to prevent the imitation of the innovative product or service.

Transferring these concepts to the Campari case is fundamental to highlight that the enormous success achieved by the company was possible thanks to Campari's trade secret, which not only ensured to the company almost-everlasting protection for its exclusive (non-technological) innovation but also guaranteed a perdurable competitive advantage in the beverages sector.

Furthering this statement, the company developed its competitive advantage by targeting a differentiation strategy aimed at distinguishing their special drink from other competitors' products. As described in the previous sections, Campari's popularity expanded enormously thanks to Davide Campari's progressive ideas. The outcome of collaborating with renowned artists for the creation of TV commercials, labels, posters, calendars, and even glass bottles was the artistic embracement of the product going beyond mere advertising. Furthermore, according to National Geographic (2015), Campari's intense red-color itself is a vital advertisement resource that, combined with artistic production, has had an essential impact on the consumers' minds. This differentiation approach consolidated the image of Campari as a unique drink that represents a classy lifestyle.

Consequently, in the light of the overwhelming success achieved by Campari, the company decided to pursue a focus differentiation strategy by introducing to the market complementary services which seek to enhance this unique popular drink at a global level as a way of enjoying life and what is more, to make the world perceive Campari as part of their lifestyle.

These efforts to consolidate Campari at the international level follows the present trends of a globalized economy where internationalization is essential for companies, notwithstanding their actual success in national markets. From this perspective, the doctrine states that the internationalization of a company is a gradual commitment of the enterprise not only with new markets but also with new potential consumers. Therefore, the company is urged to develop dynamic capacities to compete in current and future trading environments. (Arnoldo, 2009, p. 18-25)

According to Pedrero (2014), such dynamic capacities comprise the company's competitive advantages, which in synergy with a steady internationalization plan and the adequate strategies, might minimize risks and maximize the benefits of being present in new markets. In such a manner

and concordantly with Porter's competitive strategies, Pedrero exposes that a company can internationalize its products by pursuing a differentiation approach by offering an added value to the offer already present in the target market. Alternatively, by following a focused approach in which the company proposes its products to a specific segment with little competition. (p. 9-14)

In this regard and under both strategies, the Campari Group has a substantial competitive advantage in the global market of alcoholic beverages, since the aperitif tradition (and consequently aperitif liquors) were born in Italy and developed the country before their expansion towards new territories. Therefore, these new markets where Campari was already present in the 60s, the perfect open land for the company to introduce and embrace its unique beverage. Since 1995, once Campari turned into a multinational company and started to enlarge its brand portfolio, most of its competitors' products started to become part of the Campari Group. As a result, nowadays, the Campari Group not only offers to the global markets its iconic red-liquor but also proposes other popular drinks like Aperol, Cinzano, Crodino, Biancosarti, and Mondoro Vermouth, covering in this way the vast demand in the aperitif culture that has increased in recent years.

In conclusion, Campari's success is the result of an efficient synergy of factors, where its trade secret is the core of the enterprise's success along with innovative strategies like artistic advertising, product innovation, efficient brand positioning and the recent incorporation of complementary services, aimed to enhance the uniqueness of the iconic secret formula. In other words, Campari is an outstanding example of how trade secrets transformed an old artisanal story into a contemporary international success.

CONCLUSIONS

As the main conclusions, it can be stated that:

A trade secret is any information that, due to its confidential nature, produces an economic benefit to its holder, by offering an aggregated value that renders a product different from the others.

Trade secret's broad scope of protection is a very appreciated feature among companies looking forward to protecting their valuable know-how or information. Some examples of trade secrets include recipes, databases, algorithms, and even patents under development.

From a legislative perspective, the primary legal document for the protection of trade secrets is the TRIPS Agreement, which establishes international standards for safeguarding undisclosed information. As a consequence, many regional and national legal frameworks like the European Union or Italy, have not only adopted these premises, but they have enacted further provisions for the protection of trade secrets within their territory.

The aperitif tradition started in Italy in the 1700s, and it consisted of having a soft alcoholic drink before the meals to awaken the appetite. Within this background, in 1860, Gaspare Campari created a unique liquor out of a secret blend of herbs and fruits called *Bitter all' Uso d'Holanda*. Later, as the liquor became famous, its name changed for Campari in honor of its creator's surname.

Although Campari's special recipe was created by Gaspare Campari, it was his son Davide the person that transformed an artisanal drink into a world-class product that nowadays is distributed in more than 190 countries. Davide's innovative strategies marked a revolution within the beverages industry of his time. Moreover, he followed a competitive differentiation strategy aimed to convert Campari into a one-of-a-kind drink. Such an approach is reflected in the artistic embracement of the product through the creation of unique

advertisement pieces that are considered genuine artworks. This close relation of Campari with the world of art is one of the main features that converted the brand into a symbol of a classy and refined lifestyle in Italy and especially in Milan.

Although Campari was already commercialized in more than 80 countries during the 60s, the company fostered its international presence by including an external-growth approach into its expansion plan. Nowadays, after this turning point, the Campari Group is one of the 6th significant players in the spirits and beverages sector.

After 150 years of history, the secret recipe of Campari is still a mystery. The company has adopted a strict security policy for the protection of its more valuable intangible asset. Some of the measures include identity protection for the persons that know the secret and participate in the preparation of Campari, encryption of the secret ingredients, and storing the recipe in a safe vault.

The Campari case is an outstanding example of how trade secrets converted an old artisanal story into a contemporary international success. Campari's overwhelming success is the result of an efficient synergy of factors, where a trade secret is the core of the enterprise's success along with innovative strategies aimed to enhance the uniqueness of an iconic Italian drink with more than 150 years of history.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Arnoldo, L. (2009). El Proceso de Internacionalización de Empresas. *Tec Empresarial*, 3, ISSN 1659-3359. Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/43950302_El_Proceso_de_Internacionalizacion_de_Empresas

BBC Bitesize. (n.d). *GCSE Business. Business growth.* Retrieved from: https://www.bbc.co.uk/bitesize/guides/zkr4wmn/revision/1

Braet, J. and Verhaert, P. (2007). *The practice of new products and new business.* Acco.

Campari. (n.d) *Inside Campari: The History*. Retrieved from: https://www.campari.com/es/inside-campari/the-history

Campari Academy Barcelona, Spain. (2019). *Campari, el bitter italiano por excelencia.* Retrieved from: https://campariacademy.es/es/academy-mag/brandculture/campari-bitter/

Camparino. (2019). *Camparino in Galleria. Dove la storia dell'aperitivo divenne legenda*. Retrieved from: https://www.camparino.com/it/la-storia

Campari Group. (2019) *Corporate Presentation 2019*. Retrieved from: https://www.camparigroup.com/sites/default/files/downloadspage/campari_group_corporate_presentation_-_2019_6_03_0.pdf

Court of First Instance of the European Communities. (September 18, 1996). Case T-353/94 Postbank NV v Commission of the European Communities.

European Parliament and the Council of the European Union. (2016). Directive 2016/943/EU from June 06, 2016, ABI.L 157 l from June 15, 2016.

European Union Intellectual Property Office. (2018). The Baseline of Trade Secrets Litigation in the EU Member States.

Gómez Segade, J. (1974). *El secreto industrial (know how) concepto y protección*. Madrid: Ed. Tecnos.

Licensing Executives Society Italy & Chamber of Commerce of Milan and Turin. (2013). Industrial Property Code (CPI), Legislative Decree No February 30 February 10, 2005, as amended.

National Geographic Italia (2012). *Megafabbriche: Campari.* Retrieved from: https://www.youtube.com/watch?v=VNkOdy3GrmEa

Nunez, M. D. (2019). *Trade secrets, a useful tool to protect business' competitive advantage*. Quito: Publications Center of the Pontifical Catholic University of Ecuador.

Oxford Advanced Learners Dictionary Online (2019). *Oxford Dictionary*. Retrieved from: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/reasonable?q=reasonable

Payán, C. (2011). Secreto Empresarial, vigencia como mecanismo de protección en la propiedad intelectual. Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual. *Revista la Propiedad Inmaterial*, (15).

Pedrero, Y. (2014) *La estrategia de internacionalización: análisis comparativo de los mecanismos de entrada en mercados exteriores de seis empresas que operan en diferentes sectores de la economía*. Universidad de Barcelona. Retrieved from: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/66261/1/TFM_MOI_Pedrero-Yolanda-jun2015.pdf

Porter, M. E. & Advantage, C. (1985). Creating and sustaining superior performance. *Competitive advantage*, 167.

United States Court of Appeals, Seventh Circuit. (January 10, 2006). Case Confold Pacific Inc v. Polaris Industries Inc.

World Intellectual Property Organization. (n.d) *Module 4: Trade Secrets.*

World Trade Organization (1994). *Annex 1C.* Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Received: 09/04/2020
Approved: 12/06/2020
Maria Daniela Núñez Viera
Master of Arts in International Trade and International Relations, Universitá degli Studi di Palermo, Italy.
Email: daninu_v@hotmail.com
City: Ambato
Country: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.223

Retención voluntaria como medio para levantar la prohibición de ausentarse del país

Voluntary retention as a means of lifting the ban on absences from the country

Estefanía Samaniego Valencia
Investigadora jurídica independiente
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 320-334, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El presente trabajo se centra en analizar si la retención voluntaria a prorrata del sueldo del alimentante es un medio apto para levantar provisionalmente la medida cautelar de prohibición de ausentarse del país. Para el desarrollo de este se basará en el tipo de investigación documental, descriptivo y explicativo, aplicando como métodos de investigación el deductivo e inductivo. Esta idea se plantea con el fin de que los alimentantes que realicen pagos constantes de la pensión de alimentos (acogiéndose a una retención previa), pese a mantener cuotas devengadas, puedan solicitar el levantamiento de la medida cautelar impuesta. Por todo lo expuesto, se pretende que la idea planteada de la retención voluntaria sea una opción que beneficie tanto al alimentario como al alimentante, para que ambos sujetos de la obligación puedan gozar de sus derechos sin privar a la otra parte del ejercicio pleno de los mismos.

PALABRAS CLAVES: Retención, salario, derechos del niño, crecimiento económico.

ABTRACT: This paper aims to analyze whether the voluntary withholding of the breadwinner's salary is a suitable means of provisionally lifting the precautionary measure prohibiting absences from the country. Its development will be based on

the type of documentary, descriptive and explanatory research, using the deductive and inductive as research methods. This idea involves that those who make regular maintenance payments (subject to prior retention) and, despite making regular contributions, can request the lifting of the precautionary measure imposed. The idea of voluntary retention looks to be an option and introduce some benefits (both the food and the food-stuffer). For instance, both parties to the obligation can enjoy their rights without depriving them of the full exercise of those rights.

KEY WORDS: Retention, salary, rights of the child, economic growth.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación (1989) "Los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentario, como a la capacidad económica del alimentante"; es por eso, que para establecer el monto que el alimentante debe otorgar al alimentario se considera el salario que perciba, el número de hijos que tenga y sus respectivas edades. De acuerdo a estos factores, para el cálculo del monto a pagar por concepto de pensión alimenticia, el Consejo de la Judicatura diseñó una tabla[1] que cuenta con seis niveles que se ajustan a los ingresos económicos del alimentante.

Pese a esto, existen casos en que, al momento de fijar la pensión de alimentos, esta resulta ser demasiada en relación a los recursos económicos del alimentante para cubrir y cumplir con su obligación, puesto que solo analizan el valor neto de los ingresos que reciben, sin calcular los demás gastos fuera que puedan tener, como el alquiler de una casa o pago de estudios. En muchos casos a la parte demandante no le interesa los gastos

1 Las pensiones establecidas en la tabla serán automáticamente indexadas dentro de los quince primeros días del mes de enero de cada año, considerando además el índice de inflación publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, (INEC) en el mes de diciembre del año inmediato anterior y en el mismo porcentaje en que se aumente la remuneración básica unificada del trabajador en general.

externos que el alimentante mantenga, a tal punto de rechazar toda clase de acuerdo que incite a una rebaja de la pensión, llegando a acumular con el pasar del tiempo cantidades difíciles de liquidar.

Es por ello, que ante la necesidad de que se dé cumplimiento al pago de la pensión de alimentos, se fija la imposición de diversas medidas cautelares, entre las más comunes la privación de libertad y la prohibición de salida del país. Si bien es cierto, la imposición de medidas cautelares de manera general es para asegurar el resultado de una acción; de manera concreta en cuestión de alimentos sería para el cumplimiento del pago de la pensión alimenticia. Sin embargo, a veces estas medidas no contribuyen a que el alimentante pague lo adeudado.

Puesto que, en la mayoría de los casos, no es la voluntad del alimentante de incumplir con sus obligaciones familiares, sino que dicho incumplimiento se suele dar porque al momento de fijar la cantidad por concepto de alimentos, no se toma en consideración los egresos que sostenga, haciendo referencia a los gastos producto de los miembros de su familia que estén bajo su cuidado y a la subsistencia del propio alimentante; razón por la cual, grandes cantidades de alimentantes acumulan elevados valores a cancelar y se encuentran atrasados en los pagos de pensiones alimenticias.

En vista de que con el pasar del tiempo la situación económica de un sujeto puede cambiar; planteando un caso hipotético, si el alimentante está cumpliendo con el pago de la pensión de alimentos pero adeuda pensiones pasadas[2] (en vista de que

2 El derecho a alimentos es tan propio del ser humano que va de la mano con las garantías de proporcionar los recursos necesarios para cubrir sus necesidades básicas, es por eso que no se pueden transferir ni renunciar a ellos, pero la legislación ecuatoriana plantea dos casos como excepciones aplicables a esta regla, puesto que establece que si se podrán renunciar o compensarse cuando se traten de pensiones alimenticias atrasadas y se podrá transmitir por causa de muerte, venderse o cederse, el derecho de demandarlas, sin perjuicio de la prescripción que le competa al deudor, en este caso al alimentante.
Parece contradictorio, pero hay que aclarar que lo que no se puede transmitir por causa de muerte es el "derecho de pedir alimentos" más no, el derecho de demandar las "pensiones atrasadas"; los derechos conferidos

en el momento que se fijaron no contaba con los medios suficientes para cubrirlas), ante el cumplimiento del alimentante; se pretende plantear un acuerdo, el cual consiste en una solicitud para descontar del sueldo, la pensión de alimentos y; ante la retención voluntaria a prorrata del sueldo del alimentante, se pueda levantar provisionalmente la medida cautelar de prohibición de salida del país que recae sobre él.

En el presente trabajo de investigación se analizará si la retención voluntaria a prorrata del sueldo que percibe el alimentante, es un medio apto para sustituir la medida cautelar de prohibición de salida del país; planteándolo como una medida alterna que posibilite el levantamiento provisional de la medida cautelar. Cabe recalcar que, aunque se mantenga cuotas alimenticias pendientes de pago, no es motivo para imposibilitar al alimentante a acogerse a la propuesta planteada, en vista de que lo que se busca es el beneficio de ambos sujetos de la obligación.

1. MEDIDAS CAUTELARES EN ALIMENTOS

Las medidas cautelares tienen su origen en Roma (753 a.C.). En Ecuador por primera vez hace su aparición en la Constitución Política de 1998 como medidas urgentes destinadas a evitar la comisión de actos ilegítimos de una autoridad o remediar las consecuencias de estos, con el fin de que no incurran en posibles violaciones que puedan causar daño grave a los derechos establecidos en la norma. (Vaca, 2017)

Estas medidas que se imponen al alimentante por el incumplimiento del pago de la obligación de prestar alimentos, es con la finalidad de reivindicar al alimentario por el perjuicio ocasionado; puesto que, al momento de no cumplir con la obligación alimenticia, el alimentario no tendría como satisfacer o cubrir sus necesidades básicas que generalmente comprende alimentación, educación, salud y las demás que abarcan

por la ley podrán renunciarse siempre que no esté prohibida su renuncia y que solo se mire al interés del renunciante, y en efecto la ley determina que las pensiones atrasadas si se pueden renunciar o compensar, esto se lo puede encontrar en el Art. 364 del Código Civil (2005, Libro I).

tanto la ley como la vida misma, afectando de cierto modo su desarrollo integral.

En la legislación ecuatoriana tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que las medidas cautelares se pueden ordenar para evitar o hacer cesar alguna amenaza o violación de los derechos consagrados en la Constitución o instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Por otro lado, Medina (2010) plantea que:

> El sistema jurídico se sirve de la punición directa para proteger el derecho que tienen los menores y las personas desvalidas a obtener lo necesario para su subsistencia, no tanto para sancionar el incumplimiento de la obligación en sí misma, sino el atentado que se comete contra esa persona, que no es menos lesivo que muchos ataques contra la integridad del sujeto. (p. 607)

Es por ello, que las medidas cautelares pueden ser activadas cuando ocurren tanto amenazas como vulneraciones o violaciones de los derechos constitucionales, sin embargo, los efectos en uno u otro caso son distintos. En el primer supuesto, es decir en caso de que concurran las amenazas, el objetivo es prevenir una posible vulneración de los derechos, evitando que sucedan los hechos que se consideran atentatorios a derechos; en tanto que el segundo supuesto, es decir en el caso de vulneraciones o violaciones a derechos constitucionales, el objeto es cesar dicha transgresión. (Corte Constitucional, 2012)

> Las medidas cautelares en su más simple acepción terminológica significan prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho. En el campo procesal civil las medidas cautelares constituyen una excepcional institución de garantía

> del cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte dentro de un proceso, sin distinguir su naturaleza, ya se trate de un declarativo, liquidatario, ejecutivo, etc. (Calderón, 2010, p. 100)

En resumidas palabras se puede decir que estas medidas se utilizan para hacer efectivo el ejercicio de los derechos que contempla el estatuto supremo de un Estado, o a su vez las normas internacionales de derechos humanos que rigen a los ciudadanos, para prevenir que el derecho otorgado sea vulnerado o violado.

Si bien es cierto, la legislación ecuatoriana fija como medida coercitiva al apremio, el cual se divide en personal y real, pero en cuestión de alimentos se podría decir que se inclina más la imposición del apremio personal, recayendo sobre la prohibición de ausentarse del país y la privación de libertad.

Estas medidas de apremio, tanto las que recaen sobre el patrimonio como las que se aplican sobre la persona, buscan el mismo fin; es decir, pretenden garantizar el derecho a la vida digna y protección integral de niñas, niños y adolescentes a través del pago de la prestación, sin embargo vemos que las mentadas medidas violentan el principio de igualdad y no discriminación previsto en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República, que entre otras situaciones, prohíbe la discriminación por razones socio-económicas, ya que el alimentante que posea patrimonio suficiente como bienes muebles e inmuebles y otros activos que garanticen el pago de la adeudado se le aplicará el apremio real y no el apremio personal mientras que el alimentante de escasos recursos e ingresos económicos que no pueda garantizar el cumplimiento de la deuda con su patrimonio se le aplicara directamente la privación de la libertad, al ser la única medida aplicable; es decir, la norma favorece a los que poseen bienes y es gravosa para el que no los tiene. En dicho contexto, la regulación vigente sobre apremio no solo que no es idónea, sino que es lesiva de derechos al limitarlos. (Corte Constitucional, 2017)

La legislación ecuatoriana no tiene una amplia información sobre la medida de prohibición de ausentarse del país; es concreta al establecer, cuando se puede aplicar y cuando puede cesar o revocarse la medida. Se podría definir como una medida que es utilizada para prevenir el incumplimiento del alimentante evitando que salga del país para que no eluda su responsabilidad. Esta medida se impone previa solicitud al Juez, quien dispondrá el impedimento de salida del país, notificando a los organismos y autoridades responsables para que se registre la alerta en el Sistema de Control Migratorio del Ministerio del Interior.

En respuesta de consulta a Corte Nacional, referente a como ordenarse la prohibición de salida del país, se llegó a la conclusión que al encontrarse vigente al art. 25 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia y conforme a la Resolución de la Corte Constitucional, la prohibición de la salida del país constituye una medida cautelar que puede ordenarse desde la calificación de la demanda hasta antes de la audiencia única.

Por otro lado, el articulo Innumerado 25 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia reformado y publicado en el R.O. 643S, 28VII2009 prescribe que “a petición de parte, en la primera providencia, el juez decretará sin notificación previa, la prohibición de ausentarse del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a la Dirección Nacional de Migración.”. Es decir que cuando la parte actora presenta la demanda -formulario único de pensión alimenticia- y solicita la aplicación de esta medida cautelar, el juez está en la obligación de ordenar esta medida –en el auto de calificación de la demanda- por así estar establecido en la ley. (Ab. Quishpe, 2018)

Actualmente se puede consultar a través de página web del Ministerio de Gobierno, si una persona consta con prohibición de salida del país, solo se requiere el número de cédula y su fecha de nacimiento para obtener dicha información. Para realizar el trámite se debe ingresar a la página web del Ministerio de Gobierno y presionar el botón “Ir al trámite en línea”.

De conformidad con el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, referente al apremio personal en materia de alimentos, establece que en el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentario.

Dicho esto, se podría considerar a la retención voluntaria como un compromiso de pago y con el cumplimiento constante de la obligación (a partir de la retención), se podría demostrar que ya no hay necesidad de mantener la medida cautelar de prohibición de ausentarse del país, puesto que la obligación se está cumpliendo y ya no habría derecho vulnerado. Claro está que antes de solicitar el levantamiento de la medida cautelar, el alimentante deberá demostrar que percibe un ingreso mensual fijo y constante que le permitirá cubrir con la pensión fijada por el Juez.

2. CESACIÓN DE APREMIOS

Hay que tener en cuenta que existen personas que tienen los recursos para responder a la obligación impuesta, pero prefieren no hacerlo y otras que en realidad no tienen los recursos económicos suficientes para cumplir con la obligación y pese a ello buscan la manera para evitar las consecuencias que conllevan el no pago de la pensión alimenticia.

Si bien es cierto la legislación ecuatoriana determina que para el cese de los apremios haciendo referencia a la prohibición de salida del país y al apremio personal, se requiere o bien que se cumpla con el pago total de la obligación o que se rinda caución suficiente que respalde la misma; en cambio para que cese los demás apremios como la prohibición de enajenar o las inhabilidades como no poder ocupar cargo público, se deberá realizar el pago total de la deuda incluido los interés generados por mora.

En la Resolución 080-2016, emitida por el Consejo de la Judicatura establece que para el cese de la medida cautelar de

prohibición de salida del país, la caución[3] rendida deberá cubrir por lo menos el tiempo que el obligado se va a ausentar calculando sobre la base de la última pensión; sin hacer mención sobre las pensiones devengadas. Por lo que planteando un caso hipotético tenemos lo siguiente: se conoce que las pensiones alimenticias se pagan mensualmente; suponiendo que el alimentante se quiera ausentar una semana por motivos de vacaciones o trabajo, y tiene una pensión mínima fijada, percibiendo un sueldo básico; tranquilamente el sueldo venidero seria respaldo para cubrir la obligación, siendo la retención voluntaria un medio apto para levantar provisionalmente la prohibición de salida del país.

De acuerdo con la Resolución 080-2016, hay varios tipos de caución, entre la clasificación existente, se entienden como caución real a aquellas que recaen sobre el patrimonio que son:

a) *Hipotecaria*: necesita constar con el certificado del Registrador de la Propiedad donde se encuentre que el bien inmueble está libre de gravamen y el catastro municipal.
b) *Prendaria*: se deberá acompañar con los documentos que acrediten que el bien dado en prenda esté libre de gravámenes o prohibiciones que puedan afectar al momento de la inscripción.
c) *Pecuniaria*: es cuando el juez recepta el pago del valor acordado realizado por el alimentante ya sea de cualquier forma que estipula la ley este puede ser en efectivo; por cheque certificado, que es cuando una entidad financiera avala que la persona (alimentante) cuenta con los fondos necesarios para cubrir la obligación; o, por carta de garantía, que es cuando la institución bancaria responde ante un tercero en este caso al beneficiario de la prestación alimenticia por cuenta del alimentante por un tiempo determinado.
d) *Por póliza de seguro de fianza*: se trata de un acuerdo suscrito por tres partes; una de las partes es la afianzadora, que vendría a ser la compañía de seguros

3 En concordancia con el Art. 31 del Código Civil (2005) establece que “caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”.

que responde por el afianzado y la tercera parte es el asegurado que viene a ser el beneficiario y en este caso le corresponde ser a la judicatura que ordeno la medida. El incumplimiento de la obligación garantiza el seguro de fianza, es decir que si el alimentante como afianzado incumple la obligación de prestar alimentos la afianzadora responde por el ante el beneficiario.

En cuanto a la caución personal como su nombre hace alusión recae sobre las personas en este caso comprende:

a) *Garante o fiador*: es aquel que se hace responsable y se compromete a responder por otra persona, a su vez deberá presentar documentos que validen que es propietario de bienes que pueden cubrir el monto de la caución, dichos bienes que pasan a ser objeto de caución no podrán ser inscritos con nuevos gravámenes.

3. VIABILIDAD DE LA RETENCIÓN

La retención "tendrá lugar solo cuando exista una causa lo suficientemente relevante para ello; es decir, en aquellos casos en que se hayan agotado otras vías de negociación o si el incumplimiento del pago pone en riesgo los derechos fundamentales de otras personas" (Anónimo, 2018). En cuestión de alimentos la retención se aplica al trabajador (alimentante) en caso de que mantenga pensiones alimenticias impagas y se niegue a cumplir con su deber de prestar alimentos, que cubran las necesidades básicas del niño, niña y adolescente.

> Por otro lado, la retención judicial por pensión alimenticia es una medida que puede ser solicitada al Tribunal de Familia y que tiene por objeto evitar futuros incumplimientos por parte del alimentante. En la retención judicial, el Tribunal oficia al empleador para que este retenga del sueldo del alimentante las sumas de dinero que correspondan a la pensión de alimentos decretada (Acosta, 2014).

Una pregunta clave que se debe plantear para continuar con la investigación es si, ¿Es procedente la retención voluntaria a prorrata del sueldo del alimentante?; Si bien es cierto conforme a la Constitución, la remuneración se caracteriza por ser inembargable, se debe dar en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido a menos que la ley lo mande o el trabajador lo autorice; lo que deja carta abierta a la voluntad del alimentante, sumándole a esto la excepción aplicable a la inembargabilidad[4] de la remuneración frente a los casos de pensiones alimenticias; se llega a la conclusión que si se puede dar la retención del sueldo, salario u otra percepción que el alimentante reciba, siempre y cuando consienta en ello o en su defecto la ley así lo determine.

Se podría decir que la retención voluntaria sería una medida que beneficiaría tanto al obligado a prestar alimentos como al beneficiario de recibirlos; de tal modo que el alimentario obtiene el pago de su cuota alimenticia y el alimentante puede despreocuparse de incurrir en el incumplimiento de la obligación, en vista de que la pensión de alimentos será descontada de su rol de pagos y pagada directamente al beneficiario de la obligación.

Una vez que el alimentante se acoge a la retención a prorrata de su sueldo de manera voluntaria, la imposición de la medida de prohibición de salida del país deja de tener sentido; ¿Por qué? Porque si bien es cierto el objeto de la medida cautelar es asegurar de que se cumpla la obligación y al aplicar la retención, se comenzaría a efectuar el descuento vía rol y con eso se aseguraría el pago de la cuota alimenticia. En vista de que se estaría dando cumplimiento a la obligación, ya no habría necesidad de mantener la medida cautelar impuesta.

4 El Código Civil (2005) en su art. 1634 señala que “Tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal son embargables para el pago de alimentos debidos por ley”. El art. 91 del Código del Trabajo (2005) establece que “la remuneración del trabajo será inembargable, salvo para el pago de pensiones alimenticias”.

CONCLUSIÓN

En cierto grado es necesaria la imposición de la medida cautelar de prohibición de salida del país, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, habrá restricciones aplicables a la libre circulación cuando lo que se pretende es proteger los derechos de terceros. Enfocándose en materia de alimentos, la restricción sería para la protección al derecho de alimentos que por ley le corresponde recibir al alimentario, prohibiéndole al alimentante ausentarse del país para que dé cumplimiento con la obligación.

Cabe recalcar que a veces se dificulta el cumplimiento de la obligación en su totalidad mayormente por dos factores; primero, porque la pensión corre desde que se interpone la demanda llegando a acumular cantidades exuberantes que se tornan difíciles de cancelar, y el segundo que va de la mano, es la falta de recursos económicos suficientes del alimentante, lo que complica el acogerse al levantamiento de una medida cautelar.

En nuestra legislación establece a la prohibición de salida del país como medida cautelar para asegurar el cumplimiento de una obligación. Como se mencionó en el desarrollo del presente trabajo, existen varias formas para que cese la medida cautelar de prohibición de salida del país que recae sobre el alimentante; pero el problema para acogerse a una de ellas es la falta de recursos económicos que impide el pago completo de la obligación, rendir garantía suficiente o encontrar a alguien que quiera figurar como garante.

Es por esta razón que en caso de que la situación económica del alimentante mejore, se busca implementar como una alternativa, que ante el pago constante de la obligación alimentaria o ante una solicitud de retención voluntaria a prorrata del sueldo por parte del alimentante, se levante de manera provisional la medida de prohibición de salida del país en virtud de que se está cumpliendo con la obligación.

Esta alternativa también puede ser acogida por el alimentante que tenga existente una retención judicial, sin importar que aún mantenga pensiones alimenticias pasadas, vigentes de pago, siempre y cuando se demuestre un cumplimiento constante y periódico.

Un caso por la cual se plantea esta propuesta es que a veces el alimentario se le presenta situaciones como un viaje de trabajo o vacaciones; entonces en el hipotético caso que le toque ausentarse del país por una semana, lo que se pretende es que al acogerse a la propuesta de la retención voluntaria, su sueldo futuro sirva como respaldo para que pueda salir del país; puesto que a partir de la retención, el empleador sería el encargado de efectuar el descuento vía rol por concepto de alimentos y de acreditar los valores correspondientes en la cuenta del beneficiario.

Por todo lo expuesto se pretende que se acoja un formulario de fácil acceso que conste en la página web del Consejo de la Judicatura, para solicitar la retención voluntaria a prorrata del sueldo del alimentante para levantar provisionalmente la medida cautelar de ausentarse del país que recae sobre él, en virtud del cumplimiento del alimentante frente a la obligación y de los principios de celeridad y economía procesal. Para cerciorarse del respectivo cumplimiento se puede anexar al formulario, el rol de pagos donde constan los descuentos o a su vez el detalle de la tarjeta del SUPA[5] asignada a su juicio de alimentos, para verificar las pensiones acreditadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Ab. Quishpe, J. (2018). *La prohibición de salida del país en materia de alimentos*. Cruz Ponce & Asociados. Recuperado de: https://n9.cl/son27

Acosta, A. (2014). *Instructivo para la carga masiva de retenciones judiciales*. (M. d. Finanzas, Ed.) Recuperado de: https://n9.cl/ozy0

5 Es el Sistema Único de Pensiones Alimenticias del Consejo de la Judicatura que garantiza el adecuado y oportuno proceso de recaudación y pago de pensiones alimenticias, a favor de los usuarios de la administración de justicia.

Anónimo. (2018). Retos para ser Directivo. [Blog]. Recuperado de: https://retos-directivos.eae.es/que-es-la-retencion-judicial-en-nomina-de-un-trabajador/

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. [Cod.]. (22 de mayo 2015). R. O. 506 de 22 de mayo de 2015. Recuperado de: https://n9.cl/0olam

Calderón, N. (2010). Diseño Criminal: El Ecuador a partir de las reformas del Código Penal y Código de Procedimiento Penal. *Revista jurídica online*, (p. 100).

Congreso Nacional del Ecuador. Código Civil. [Cod. 10]. (2005). R. O. 46 de 24 de junio de 2005.

Congreso Nacional del Ecuador. Código del Trabajo. [Cod. 17]. (2005). R. O. 167 de 16-dic.-2005.

Consejo de la Judicatura. Resolución 080-2016. (2016). *Instructivo sobre cauciones en juicios de alimentos.* Recuperado de: http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/080-2016.pdf

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de: https://n9.cl/jpyc

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de mayo de 2017) Sentencia No. 012-17-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. (30 de mayo de 2013). Sentencia No. 034-13-SCN-CC.

Corte Nacional de Justicia. (24 de abril de 2018). Absolución de Consultas.

Medina Pabón Juan Enrique (2010). "Derecho civil. Derecho en familia, segunda edición". Ed. Universidad del Rosario. P. 571, 607

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 diciembre 1966). Recuperado de: https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html

Vaca, D. R. (2017). *Medidas cautelares constitucionales.* Derecho Ecuador [Blog]. Recuperado de: https://www.derechoecuador.com/medidas-cautelares-constitucionales

Recibido: 15/01/2020
Aprobado: 12/06/2020
Estefanía Samaniego Valencia: Investigadora jurídica independiente
Ciudad: Quito
País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.240

Marcas no tradicionales: Nuevas perspectivas y viejos retos

Non-Traditional brands: New perspectives and old challenges

Jefferson Eduardo Macias Quisaguano
Investigador jurídico independiente
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 336-364, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo analizar el desarrollo y tratamiento de las marcas no tradicionales en distintos países empleando un método de estudio comparativo y una técnica documental. Logrando así identificar los motivos y dificultades comunes para su pleno uso como marca, con la finalidad de examinar los distintos criterios empleados y poder escoger los más adecuados y prácticos para reforzar su empleo en el Ecuador.

PALABRAS CLAVES: Marcas, marcas no tradicionales, representación gráfica, funcionalidad

ABSTRACT: This article aims to analyze the development and treatment of non-traditional trademarks in different countries by using a comparative study method and a documentary technique. Thus, identifying the common motives and difficulties for their full use as a trademark. This is relevant to studying the different criteria that have been found and choosing the most appropriate and practical ones to reinforce their use in Ecuador.

KEYWORDS: Trademarks, non-traditional trademarks, graphic representation, functionality

INTRODUCCIÓN

Las personas en su diario vivir manifiestan una gran variedad de necesidades, éstas –acorde a la conocida Pirámide de Maslow- varían desde las más básicas como lo son la alimentación o el descanso, hasta llegar a otras más complejas como el reconocimiento o la autorrealización. En todo caso, dentro del gran espectro de necesidades existentes, es el mercado el que desarrolla productos o servicios enfocados en satisfacerlas.

En consecuencia, la competencia por parte de diversos agentes económicos por lograr atraer potenciales consumidores se desenvuelve fuertemente en el ámbito de la publicidad y el marketing. Es así que el empleo de signos distintivos –principalmente las marcas- al poseer una naturaleza diferenciadora, juegan un papel relevante al momento de ofertar bienes o servicios a un público determinado. Por estos motivos, la marca se constituye como uno de los activos intangibles más valorados en cualquier tipo de negocio, pues puede llegar a condicionar el comportamiento de las personas a través de la creación de vínculos emocionales y hábitos de compra, en palabras de Fernández- Novoa (2013):

> La marca en sentido propio tiene un componente psicológico: es la unión entre el signo y el producto (o servicio) (...) que al ser aprehendida por los consumidores y convertirse, de este modo, en una auténtica marca, (...) desencadena ciertas representaciones en la mente del consumidor. (p. 213)

De esta manera, un anuncio publicitario puede enumerar cualquier cantidad de beneficios, propiedades y virtudes de un producto; pero esto no tendría ninguna efectividad si quien recibe toda esa información no puede retenerla de manera efectiva. Es allí que el uso de una marca permite condensar todo el mensaje en un signo de fácil remembranza.

Tradicionalmente las marcas han sido diseñadas en base a palabras y dibujos, hecho que no es de extrañar ya que su

empleo data desde la antigüedad, siendo estos los medios más comunes y sencillos para poder detallar que un objeto tenía un origen concreto. Sin embargo, con el progreso y desarrollo de nuevas tecnologías, se ha producido una evolución en las mismas, adquiriendo formas y presentaciones cada vez más particulares.

Estas son las llamadas "marcas no tradicionales" o "nuevos tipos de marca", las cuales a lo largo del mundo han sido protagonistas de diversas discusiones en torno a su capacidad distintiva y requisitos para su registro, por lo cual es necesario analizar su incidencia a nivel internacional, con la finalidad de entender sus ventajas, lograr una mayor difusión a nivel nacional y poder facilitar su registro.

1. MARCAS NO TRADICIONALES Y EL MARKETING

Dentro de los objetos comprendidos en la propiedad industrial se encuentran los signos distintivos, los cuales son instrumentos de identificación y diferenciación tanto de productos como de servicios, que evitan su confusión con otros que pertenezcan a la misma especie dentro de un mercado determinado, permitiendo así la competencia entre ellos tan solo por su exposición al público.

Los signos distintivos por excelencia son las marcas, las cuales de forma tradicional son conceptualizadas como "cualquier signo o medio, perteneciente a una persona natural o jurídica, capaz de distinguir e identificar en el mercado un producto o servicio de los idénticos o similares de otras personas" (Navarrete, 2010, p.5). En el régimen jurídico ecuatoriano, para que el registro de una marca sea posible (y por ende obtener derechos sobre ella) es necesario que cumpla con tres requisitos indispensables que son: gozar de suficiente distintividad, perceptibilidad y ser susceptible de representación gráfica.

La distintividad hace referencia a que la marca posea las suficientes características para cumplir con su función de identificación y diferenciación, logrando así posicionarse en la

mente del consumidor al reforzar la relación particular entre la marca-producto/servicio. Por su parte, la perceptibilidad es aptitud del signo de poder ser captado o aprehendido por cualquiera de los sentidos humanos. Finalmente, más que un elemento intrínseco a una marca, la representación gráfica es considerada como una necesidad de índole formal dentro del proceso administrativo para que la entidad nacional competente pueda otorgar un registro.

Entre la diversidad de clasificaciones de marcas, son conocidas "no tradicionales" aquellos signos distintivos que, alejándose de representaciones usuales que han tenido a lo largo del tiempo –palabras, letras, símbolos, gráficos, etc.- han optado por nuevas formas y presentaciones que no solo apelen al sentido visual de formas novedosas, sino también, enfocándose en su percepción por medio de otras vías sensoriales como lo son el oído, el tacto o el olfato.

Su desarrollo se encuentra fuertemente vinculado al progreso tecnológico, el cual permite la creación nuevas formas de marketing y facilita un mayor acceso por parte de las personas a los mismos. Esta correlación, en palabras de Schmidt, implica que "las marcas no tradicionales están en aumento porque las nuevas tecnologías e innovaciones permiten que los titulares de las marcas protejan la propiedad intelectual como nunca antes" (Citado por Leyva, 2017, p.5).

Dentro del marketing entendido como técnica, y principalmente dentro de su enfoque publicitario, es fácil resaltar el protagonismo que se le ha dado a medios visuales y auditivos para poder llegar a los consumidores, tanto así que es muy sencillo notar que en las zonas más comerciales de cualquier ciudad, exista una marcada prevalencia de letreros, rótulos, pantallas, parlantes y mallas publicitarias de distintos tamaños y colores que buscan resaltar entre ellas. Sin embargo, también pueden resultar sobrecogedoras o muy saturadas para las personas; más aún con la estimación de que el lapso de atención de los individuos se ha visto reducido.

Seth Godin (citado por Healey 2009) dentro de su obra "Purple Cow", realiza una interesante observación opinando que: "las técnicas tradiciones han quedado obsoletas... cien años de reflexión sobre marketing han pasado a mejor vida. Los enfoques alternativos no son ninguna novedad: son lo único que nos queda" (p. 122). Si bien esto puede considerarse una exageración por parte de este "gurú de marketing", no es menos cierto que en la actualidad las personas tienden a prestar menos atención ante la publicidad tradicional, en parte por la saturación de la misma por medios tradicionales.

Es así que para poder aumentar las probabilidades de éxito, ha sido necesario idear nuevas y novedosas formas de captar la atención de los consumidores, ante este escenario surge el "marketing sensorial" o "sensory branding" entendido como:

> Conjunto de técnicas centradas en provocar en el usuario una experiencia única que le mueva a consumir productos o a incrementar el conocimiento de una marca (...) Lo importante es brindar una experiencia agradable que satisfaga las necesidades del comprador. Es ahí donde el olfato, el oído y la vista pueden resultar determinantes a la hora de inducir a la compra. (Diez, 2013, p.29) (El resaltado me pertenece)

Una de sus características diferenciadoras es la transición de enfoque desde "la funcionalidad al sentimiento", donde la primera representa las cualidades prácticas o superficiales, y la segunda se relaciona con la experiencia aportada (Gobé, 2009). Por este motivo un producto con funcionalidad puede ser ignorado si no se tiene en mente un diseño que apele a los sentidos, de esta manera se debe encontrar un equilibrio entre un diseño que pueda aportar a satisfacer necesidades humanas, y a su vez presentar un nuevo conjunto de experiencias sensoriales.

Ejemplos de aplicación de estas técnicas se encuentran es el testimonio de Gail Civille, dueño de "Sensory Spectrum" firma ubicada en Nueva Jersey que diseña productos estimulantes a los sentidos, según su experiencia afirma que:

> Todo el mundo dice que odia a los productos con fragancias, pero no es cierto...A la gente le encantan los productos que huelen bien, y los prefieren a los demás. Pueden atribuir a los productos con fragancias otros atributos positivos basados solo en su olor. Si das toallitas idénticas a una persona, una con fragancia y la otra sin, la que huele bien le parecerá más suave. (Citado por Gobé, 2009, p.104).

Otro ejemplo a mencionar es el de la empresa británica Contour Mobel, que puso a la venta sofás con aroma que desprenden una fragancia de rosa, lavanda y vainilla cuando se mullen los cojines. Respecto a esto, un portavoz de la compañía declaró que: "El potencial de los productos aromatizados es enorme. Las fragancias son muy evocadoras y atraen las emociones, por lo que creemos que existe un auténtico mercado" (Gobé, 2009, p.104)

Este tipo de prácticas tiene interés dado el respaldo científico que poseen, ya que varios estudios demuestran que los impactos sensoriales provocan recuerdos cuya perduración en la memoria es muy prolongada. Las personas logran recordar de mejor manera aquello que estimula más de un sentido, por eso se concluye que se recuerda tan solo el 1% de lo que se toca, el 2% de lo que se escucha, 5% de lo observado, 15% de lo degustado, y de forma mucho más notable, el 35% de lo que se huele; por lo que si se estimulan simultáneamente se obtiene un resultado mayor (Estanyol, 2014).

Son por estos motivos que se han desarrollado los nuevos tipos de marca con un enfoque dirigido a la estimulación de otras vías sensoriales, así surgen marcas sonoras, táctiles, olfativas e incluso gustativas. Sin embargo, por su naturaleza propia de innovar respecto a las marcas tradicionales, presentan varios obstáculos para ser reconocidas y empleadas en su totalidad en varios ordenamientos jurídicos, entre ellos se resaltan la forma de su representación gráfica, la subjetividad en su percepción y la presencia de un elemento funcional.

2. PROBLEMAS DE LA MARCAS NO TRADICIONALES

Siendo la distintividad y perceptibilidad elementos fundamentales en este tipo de signos distintivos, y, existiendo un consenso en que las marcas no tradicionales las cumplen –en mayor o menor medida- dependiendo su tipo; es necesario también analizar dos aspectos fundamentales: la carencia de funcionalidad y su representación gráfica.

La "funcionalidad" es el concepto general de que algo cumple un propósito o es esencial para alcanzarlo (Turnbull, 2018), constituye un elemento fundamental "para el uso o el fin al que está destinado el producto o si afecta a su costo o a su calidad" (OMPI, 2007). En el caso de las marcas, su función principal es la de identificar bienes o servicios, por lo cual no sería factible, por ejemplo, el registro de olores para productos donde precisamente es el aroma el elemento principal del cual el consumidor piensa beneficiarse, como lo pueden ser en perfumes.

La exigencia de una falta de funcionalidad de la marca busca evitar que un aspecto que es fundamental para el producto o servicio, se vea apropiado por particulares provocando que el resto de competidores se encuentren en una situación de desventaja al no poder emplearlo, cuestión que se agrava al tener en cuenta que la protección de un marca es renovable de manera indefinida.

Por otro lado, la representación gráfica, más que un elemento intrínseco a una marca, es considerada una necesidad de índole formal dentro del proceso administrativo para que la entidad nacional competente pueda otorgar un registro con precisión respecto al signo. Su exigencia responde a cuestiones prácticas dado que facilita que una marca, en su proceso de registro, pueda darse a conocer al público en general valiéndose de una publicación especial, conocida dentro del país como "Gaceta de la Propiedad Intelectual".

Esto permite obtener dos resultados importantes: facilitar el conocimiento de una marca a terceros que posean algún interés en la oposición a su registro, y agilitar el proceso

de cotejo marcario, lo que implica un ejercicio de búsqueda de similitudes entre una marca solicitada y una ya registrada.

El poder representar gráficamente marcas -sean tradicionales o no- que posean elementos visuales tales como palabras, dibujos, colores, hologramas, gestos, movimientos y formas; no ha sido necesariamente difícil, ya que con descripciones y reproducciones en imágenes de las mismas, el requisito ha sido cumplido. No obstante, las dificultades para lograr lo mismo en elementos que no son visibles como los sonidos, olores, sabores y texturas; han sido mayores y abordadas con cierta heterogeneidad.

Respecto a lo que engloba la representación gráfica de marcas no tradicionales, el caso "Sieckmann" constituye un referente en Europa y el mundo. En este caso el señor Ralf Sieckmann intentó registrar en la Oficina de Marcas Alemana (DeutschesPatent- und Markenamt) un olor que lo definía como el aroma de "balsámico afrutado, con ligeras reminiscencias de canela". Para lograrlo adjuntó el detalle de los componentes químicos del aroma, siendo estos cinamato de metilo (ester metílico del ácido cinámico), su representación en una fórmula química "C6H5-CH=CHCOOCH3", la indicación del lugar donde dicho aroma puede ser encontrada y finalmente una muestra dentro de un recipiente (Castro, 2012).

Ante la negativa del registro, basado principalmente en su imposibilidad de cumplir con el requisito de representación gráfica, se interpuso un recurso por parte del señor Sieckmann, que fue conocido por el órgano jurisdiccional Tribunal Federal de Patentes de Alemania (Bundespatentgericht), y dada la complejidad de la problemática, se solicitó una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE), mismo que reconoció la existencia y validez de los nuevos tipos de marca; pero que su representación gráfica –al igual que las tradicionales- deben cumplir con los requisitos de ser completa, clara, objetiva, accesible y duradera; elementos que en el caso de los olores –a su criterio- no se cumplen en ninguna de las formas propuestas (Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas. C-273/00. Caso "Sieckmann". Sentencia del 12 de diciembre de 2002, párr. 72 y 73).

Este es el criterio que ha impedido la proliferación de olores como marca en este territorio, puesto que se pretendía que se logre la complicada tarea que implica plasmar en un gráfico un signo que por su naturaleza no es visible. Además, al no aceptar el depósito de una muestra como forma válida de representación gráfica, se ha complicado aún más la viabilidad de su registro.

Por otro lado, en el caso Shield Mark BV contra Joost Kish.o.d.n. Memex, donde se pretendía el registro como marca sonora el cantar de un gallo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció que las descripciones onomatopéyicas de cierta clase de sonidos, no son una reproducción exacta del mismo, siendo su representación más complicada que en aquellos sonidos que fácilmente pueden transportarse al lenguaje musical empleando notas y pentagramas (Castro, 2012). No obstante, con la posibilidad de convertir cualquier tipo de sonido en un formato digital, el tipo de representación escogido para un sonido (sean descripciones o representaciones en pentagramas) se ve fuertemente complementado al adjuntarlo y constituye una acertada forma de poder apreciarlo de manera correcta.

Respecto a texturas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial 242-IP-2015, ha establecido que existe el desafío de adaptar el criterio de representación gráfica en el caso de signos no visibles, requisito que debe ser interpretado de manera amplia según la naturaleza del signo, pero manteniendo criterios para lograr su precisión (haciendo referencia a la doctrina del caso Sieckmann). Para ello se consideró que en este tipo de signos se debe contar con varias representaciones en aplicación de métodos y modalidades distintas, las cuales en el caso de las marcas táctiles son descripciones, imágenes y soportes físicos de la textura (242-IP-2015, pág. 21).

Esta aproximación por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a la representación gráfica, es uno de los criterios más amplios y, en mi opinión, de los más acertados, puesto que toma en consideración la naturaleza propia de los nuevos tipos de marca, más aun en aquellos signos que no son apreciables visualmente, y establece como válidos el empleo en conjunto de diversos medios (descripciones, imágenes y soportes físicos) para lograr una apreciación integral del signo en cuestión.

3. TENDENCIA DE LAS MARCAS NO TRADICIONALES EN EL MUNDO

Una vez analizados las características, requisitos y ciertas dificultades que presentan los nuevos tipos de marcas, es útil analizar su incidencia en otros países. Se tiene como referencia un amplio estudio estadístico que abarca un periodo de tiempo de veinte años comprendido entre 1996 y 2016, con la recopilación de información de las oficinas nacionales competentes en materia de propiedad intelectual de la Unión Europea, el Reino Unido, Singapur, Japón y Australia.

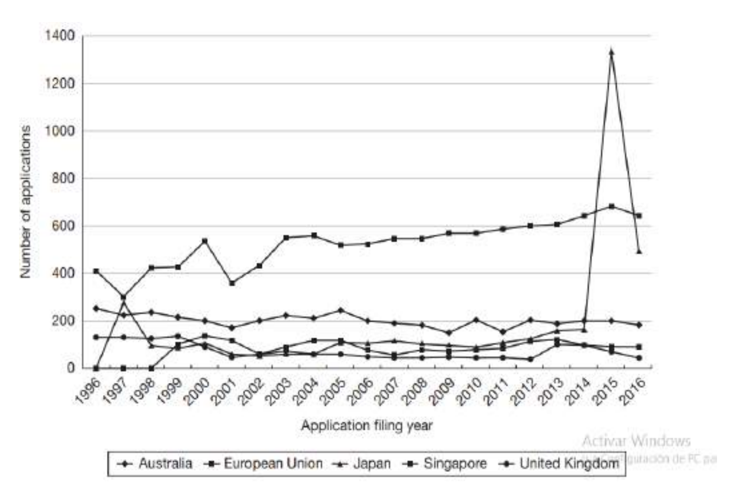


Ilustración 1: Tendencia de solicitudes de registro de marcas no tradicionales desde 1996 al 2016.

Fuente: Adams, M. y Scardamaglia. A. (2019). Non-Traditional Trademarks. An Empirical Study. En Calboli. I y Senftleben M. (Eds.), *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives* (pp. 37-58.)

En un periodo de veinte años han existido un total de 22.321 solicitudes de marcas no tradicionales clasificadas en forma, color, sonido, olor, holograma, movimiento, posición o gestuales; y de forma general, el porcentaje entre solicitudes y registros concedidos es del 50%, con sus respectivas variaciones en función del tipo de marca en particular.

La Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) es la que ha tenido un mayor número de solicitudes, ascendiendo hasta 11.041, siendo la gran mayoría correspondiente a formas (9.042) y colores (1.210); en tanto de manera más reducida a posiciones (381), sonidos (260), movimientos (123) , hologramas (10), olores (9) y texturas (4) (Adams, M. y Scardamaglia, A. 2019).

Las tendencias en Reino Unido son similares a las de la UE puesto que del total de 1,564 solicitudes realizadas, la gran mayoría corresponde una vez más a formas y colores; es notable que del total de registros obtenidos desde 1996, el 67% de ellos han sido renovados. En Singapur existió un alza de solicitudes en el 2000, descendiendo y manteniéndose en fluctuación hasta el 2016. Del total de 1.702 solicitudes, las marcas tridimensionales (1.100) son las predominantes, y en menor cantidad las de color (309). (Adams, M. y Scardamaglia, A. 2019).

Sobre la totalidad del periodo de estudio, Japón ha recibido 3.786 solicitudes, con un promedio de 109.2 solicitudes anuales desde 1996 hasta el 2014, en tanto el notable incremento del 2015 es producto de la aceptación de todo tipo marcas no tradicionales dentro su legislación (puesto que antes solo se reconocían a las formas). Una vez más existe preeminencia de marcas tridimensionales (2,428), sonidos (458) y colores (448) (Adams, M. y Scardamaglia, A. 2019).

El punto más alto en Australia se da en 1996, fecha que corresponde a la entrada en vigencia del “Trade Marks Act 1995”, cuerpo normativo que regula todo lo referente a marcas comerciales. En su sección sexta se determina que alcance de la palabra “signo”, incluye palabras, números, colores, sonidos, olores entre otros más y sus combinaciones (Trade Marks Act, No. 199, 1995, sección 7). Con tal amplio alcance reconocido en su ley, han existido un total de 4.228 solicitudes, 2.761 pertenecen a formas, 928 a colores, 106 a sonidos, 19 a aromas; y alrededor del 69% de marcas registradas hasta el 2006 han sido renovadas (Adams, M. y Scardamaglia, A. 2019).

De los datos analizados se puede concluir que la tendencia de solicitud y registro de este tipo de marcas tienen su auge cuando son plenamente reconocidas en su ordenamiento jurídico, decreciendo levemente y manteniéndose con el pasar del tiempo, posiblemente por una mayor profundidad en sus examinaciones. De igual manera, es notable la prevalencia que han tenido signos como los tridimensionales, colores y sonidos; posiblemente por no existir mayores inconvenientes respecto a su capacidad distintiva o representación gráfica.

A criterio de Mitchell Adams y Amanda Scardamaglia (2019), autores del estudio al que se ha hecho referencia, la información recopilada demuestra que preocupaciones como el “color depletion”[1] han sido superadas al no existir controversias que impliquen el reclamo de un uso exclusivo de un color que afecte a terceros. Más interesante aun, consideran que parece existir un cambio de enfoque hacia otros tipos de marcas no tradicionales que van más allá de la “primera ola” de formas y colores. No obstante, por esta misma prevalencia del registro de formas y otros signos no tradicionales perceptibles por el sentido de la vista, no han existido mayores avances respecto al alcance de la adecuada representación gráfica de signos no visibles.

1 El agotamiento de los colores que pueden ser una marca

México es un de los países que no formaron parte de este estudio por la reciente incursión de marcas no tradicionales en su legislación, puesto que en 2018 su "Ley de Propiedad Industrial" (LPI) sufrió reformas significativas respecto a la comprensión de los signos distintivos. El primero de ellos es referente al concepto de marca, ya que antes se la definía como: "...todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado" (LPI, 1991, art 88) (el subrayado me pertenece), el nuevo texto omite la delimitación a que sea exclusivamente un signo visual, mantiene su función distintiva y profundiza más respecto a su representación:

> Se entiende por marca, todo signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado" (LPI, Reforma 2018, art 88) (El resaltado me pertenece)

Junto con este cambio, también se amplió la enumeración del artículo 89 que numera los signos que pueden emplearse como marca, añadiéndose en los numerales cuatro y cinco a los olores y sonidos respectivamente.

Todos estos cambios permitieron que en el 2019 se concedieran los primeros registros de un signo sonoro, y dos olfativos correspondientes al aroma de la famosa masa de moldear "Play-Doh" y el olor a bambú para distinguir pinturas. (Martínez, 2019). Hasta abril del mismo año en el Instituto Mexicano de Propiedad Intelectual (IMPI) existían alrededor de 87 solicitudes de registro de marcas olfativas por parte de empresas como Laboratorios Pisa, S.A. DE C.V (38), Marcas Tradicionales Y Franquicias De México, S.A. DE C.V. (12) e Industrias Alen, S.A. DE C.V. (24) (Rodríguez, 2019).

Respecto a estos primeros registros y el aumento de solicitudes, Juan Lozano, director general del IMPI, opina que: "En la medida en que hay más marcas de este tipo quiere decir que hay más emprendimiento, y más oportunidades de desarrollo para generar mayores ingresos a los negocios del país u opor-

tunidades de empleo" (Martínez, 2019). Con estas afirmaciones, existe la expectativa de conocer la evolución del número de solicitudes así como de registros concedidos en México, pues al existir aproximadamente 87 solicitudes solo de marcas olfativas, puede existir un riesgo de "scent depletion"[2] ante lo cual el IMPI podría responder con análisis más rigurosos respecto a la capacidad distintiva del olor solicitado.

De forma similar, tras varias reformas normativas en 2019, en Canadá se reconoció la existencia de marcas no tradicionales. Sin embargo, se añadió como requisito para su registro que al momento de llenar la solicitud correspondiente, se deba presentar evidencia que establezca que la marca ha adquirido distintividad por su uso, principalmente si consiste exclusiva o primordialmente en formas tridimensionales, sonidos, sabores, texturas y olores. (Trademarks Act R.S.C., 1985, c. T-13. Versión a Julio 29, 2019. Artículo 31. d)

Este requisito, a diferencia de lo sucedido en México, denota una posición que establece que las marcas no tradicionales carecen inicialmente de suficiente capacidad distintiva, cuestión que solo puede ser superada tras un uso constante y uniforme en el mercado, logrando así esa conexión marca-producto/servicio en el consumidor, fenómeno que es conocido como distintividad adquirida.

4. TENDENCIA DE REGISTRO DE MARCAS EN ECUADOR

En el Ecuador ha existido un mayor auge de registro de signos distintivos en los últimos años, acorde a Santiago Cevallos, Director General del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), 15 años atrás las solicitudes mensuales de marcas oscilaban entre 400 y 500, en contraste al promedio mensual de 1.200 y 1.400 que se dan en la actualidad. Este crecimiento se ha mantenido desde el 2015 con 17.523, 2016 con 15.890, 2017 con 16.024 y 2018 con 17.969 (Chacón, 2018 y SENADI, 2019)

2 Implica que el "espectro" de olores aptos para ser empleados como marca es reducido



Ilustración 2: Número de solicitudes marcarias en el 2018 en Ecuador.

Fuente: La Gaceta de la Propiedad Intelectual 647. Estadísticas 2018

Acorde a las estadísticas del 2018 que engloban las solicitudes marcarias, el 63,64%, de ellas corresponden a solicitudes nacionales, relación que hace una década era inversa acorde a Santiago Cevallos, quien opina que el país ha visto un desarrollo en torno a la propiedad intelectual, produciendo que las personas busquen dar más valor a sus activos intangibles, de esta forma, aconseja a los emprendedores verificar que sus productos sean innovadores y, en caso de no serlo, que su marca pueda ser suficientemente distintiva (Chacón, 2018).

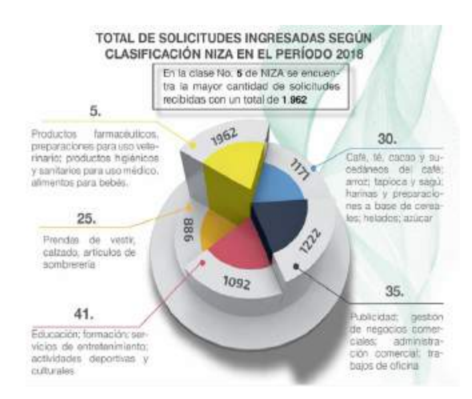


Ilustración 3: Las mayores clases solicitadas acorde a la clasificación de Niza.

Fuente: La Gaceta de la Propiedad Intelectual 647. Estadísticas 2018

Las clases de productos más solicitados acorde a la clasificación de Niza, son la 5 (siendo la mayoría solicitudes extranjeras, y las segundas más numerosas a nivel nacional) y la 30 (en solicitudes nacionales), las cuales correspondientemente abarcan productos farmacéuticos, de uso veterinario, productos higiénicos de uso médico, etc; y café, cacao, arroz, cereales, y demás. Entre otras clases se resaltan la 35, 41 y 9. (SENADI, 2019).

El Ecuador no es ajeno al reconocimiento jurídico de las marcas no tradicionales, con motivo que a nivel regional forma parte de la Comunidad Andina, y dentro de su Decisión 486 sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial del año 2000, a partir del título VI se desarrolla lo respectivo a marcas, expresando en su artículo 134 que:

> A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro (Decisión 486 de la CAN, 2000)

Dentro del mismo artículo, existe una enumeración de la diversidad de signos aceptados como marca, entre ellos, los sonidos, olores, colores delimitados por la forma de los productos, etc. Cabe resaltar que si bien existe una enumeración de signos que tienen potencial para convertirse en una marca, estos siempre deben tener como requisito fundamental gozar del poder distintivo necesario para ser considerados como tal, condición a la que se le es exigida el ir acompañado de una forma de representación gráfica para que pueda efectivamente ser registrada.

A nivel nacional, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI o Código Ingenios) tiene una aproximación al concepto de marca casi idéntico al del artículo 134 de la Decisión 486, es decir, que sea cualquier signo que goce de distintividad para distinguir productos y servicios, pero para lograr su registro es imperioso su representación gráfica. De la misma manera, se enlista signos que pueden ser una marca, mencionando diversos tipos de marcas no tradicionales como los olores y sabores, añadiendo relieves, animaciones, gestos, movimientos y hologramas.

Respecto al procedimiento de registro marcario, el artículo 363 del COESCCI detalla que éste se desarrollará acorde a las indicaciones del reglamento correspondiente, sin embargo, dicho reglamento con las especificaciones mencionadas aún no ha sido emitido. Aun así, esta carencia se puede complementar con las disposiciones de la Decisión 486 de la CAN en el Capítulo II del Título VI de las Marcas, donde se pueden identificar los siguientes pasos: la presentación de una solicitud, un examen de forma de la misma, su publicación, un periodo de oposición, un examen de registrabilidad y finalmente la concesión o negativa del registro, pasos que a su vez se recogen dentro de la sección "Signos Distintivos" del portal web del SENADI.

Dada la inexistencia de una base de datos elaborada por el SENADI que sea de fácil acceso al público en general y que almacene la totalidad de signos distintivos, entre ellos marcas registradas – a diferencia de países como México, o Australia - [3] no es posible tener datos completos de la incidencia de marcas no tradicionales en el Ecuador, más allá de ciertos casos aislados y conocidos.

Uno de estos ejemplos es el registro de la marca "Old Parr", considerada como una de las primeras marcas táctiles registradas en el mundo el 27 de abril del 2004. Lo que se inscribió fue su textura de vidrio craquelado, puesto que otra

3 Portal en México: http://marcanet.impi.gob.mx/marcanet/vistas/common/datos/bsqMarcasNoTradGralCombo.pgi
Portal en Australia: https://search.ipaustralia.gov.au/trademarks/search/view/1241420?s=d745950f-2b31-476b-9aa9-4bf9b6f4ab14

empresa competidora comenzó a emplear esa característica del vidrio de la botella en sus productos, lo que podía generar confusión respecto al origen del mismo ante los consumidores. En un principio, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), actual SENADI, presentó dudas respecto a la forma de representación gráfica, pero finalmente consideró que la impresión de la marca en relieve era una copia fiel de la marca al ser clara y precisa (Lizano, A. Pal, A., 2013, p. 143).

Otro caso a mencionar es el del registro del color rojo "pantone 186C" que había sido solicitado el 14 de agosto de 2007 por parte del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL. Si bien la normativa aplicable indica que no es posible la protección de un color sin que esté delimitado en una forma específica, existe una excepción cuando éste ha adquirido una distintividad sobrevenida producto de su uso constante. De esta forma, el solicitante aportó abundante prueba que permitió a la autoridad competente constatar que efectivamente ese color en específico, es asociado por el consumidor con los productos que ofrecía CONECEL en servicios de telefonía móvil. Así, el registro fue obtenido mediante Resolución No.6308462 el 4 de diciembre de 2008 (Cedeño, 2018).

Con los datos estadísticos existentes y la constatación del reconocimiento legal de las marcas no tradicionales, es viable suponer que es cuestión de tiempo para que solicitantes tanto nacionales como extranjeros, incrementen su interés en desarrollar, posicionar y registrar estos tipos de marca. Esto posiblemente con más incidencia en productos farmacéuticos, al contar con los mayores índices de solicitud de registro de marca en el país.

Ejemplos de la relación entre marcas no tradicionales y medicamentos pueden encontrarse en Europa con el registro de la forma en diamante de pastillas de Viagra, mientras que en Estados Unidos se registró los colores púrpura y dorado del medicamento Nexium; en este último caso aumentando notablemente su preferencia por parte de los consumidores, hecho que mantiene relación con los resultados de un estudio donde se constató que el 62.4% de los entrevistados prefieren

medicamentos con marcas sobre aquellos denominados como "genéricos", pese a que el 70% de ese mismo grupo reconoció que los genéricos pueden poseer igual o mayor calidad (Mammen, K. y Scaria, A. 2019).

5. SUPERAR LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA EN LOS NUEVOS TIPOS DE MARCA

Considerando el aumento anual de solicitudes, el reconocimiento a nivel comunitario y nacional de los nuevos tipos de marcas, y, que en Ecuador el nacimiento de los derechos sobre ellas son producto de su registro ante el SENADI; es necesario analizar una cuestión fundamental en este proceso, su representación gráfica.

La definición o alcance de este requisito no se encuentra dentro del COESCCI, ni de la Decisión 486, motivo por el que es necesario remitirse a las Interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pues estos pronunciamientos dotan de alcance y sentido a la normativa comunitaria. Específicamente en el proceso 88-IP-2004 (citado por Vera, 2017) se la ha concebido de la siguiente manera:

> El signo registrado como marca debe tener la posibilidad de ser representado materialmente, ya sea a través de figuras, palabras, signos mixtos, colores o cualquier mecanismo que lo exprese. La descripción material del signo, permite que el creador de la marca la lleve del campo subjetivo a la realidad, así Maco Matías Alemán, en Normatividad Subregional Sobre Marcas de Productos o Servicios, Editado por Top Mangement, Bogotá, pág. 77 señala: "La representación gráfica en suma es una descripción que permite formarse una idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras, signos o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados…" (p.26) (El resaltado me pertenece)

Al mencionar "cualquier mecanismo idóneo" abre la posibilidad de sugerir e implementar formas de representación que sean adecuadas a cada tipo de signo y empleando la tecnología a la que se tenga acceso, cuestión que debe ser abordada por cada país. En Ecuador la referencia más clara a esto se la encuentra en la solicitud de registro del portal web del SENADI[4], mismo que presenta diversas opciones respecto a la manera más adecuada de representación gráfica de distintas marcas, donde generalmente se acompaña una imagen de la misma más una descripción, misma que deberá cumplir con diversos requisitos dependiendo del tipo de marca, por ejemplo, si se trata de una marca tridimensional se debe detallar las medidas de alto, ancho y volumen.

En tanto signos no visibles, como lo es la marca sonora, se deberá adjuntar un archivo mp3 que reproduzca el sonido, y en caso de que el sonido pueda ser interpretado mediante lenguaje musical, es útil adjuntar un pentagrama que lo contenga. Cuando se tratan de texturas se necesita una imagen, y si se solicita un olor, no existen mayores especificaciones que una descripción.

En función de la evolución de las marcas hacia nuevos tipos de signos no visibles, ha surgido el cuestionamiento referente a las implicaciones de su representación gráfica, existiendo avances respecto a que si bien constituye un insumo para poder lograr una publicidad respecto al signo, no forma parte de la definición de marca como tal.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en Europa se ha prescindido de esa representación en función de lo que se ha denominado como "representación identificativa" o "criterio dinámico de utilidad", estableciendo que la representación debe realizarse de cualquier forma siempre y cuando ésta se considere adecuada, haciendo uso de la tecnología que se disponga, con la finalidad de que se pueda reproducir de manera clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva; a su vez, el medio empleado debe permitir tanto a

4 Solicitud en línea: https://registro.propiedadintelectual.gob.ec/solicitudes/hallmarkfrm/create

las autoridades como público en general determinar el objeto preciso de protección, excluyéndose de estas metodologías el depósito de un soporte que contenga la marca (Reglamento de Ejecución (UE) 2018/626, 2018, arts. 3 y 9).

Siendo así las cosas, este criterio es "dinámico" porque se adecua respecto a la naturaleza de la marca, y es de "utilidad" porque su empleo se considera en función de lo que sea útil para cumplir con las finalidades de custodia, conservación y publicidad (Riaño, 2016).

Una posición aproximada a la anterior es la de "interpretación amplia" del requisito de representación gráfica empleado por el Tribunal de Justicia de la CAN en el proceso 242-IP-2015. La necesidad de esta modalidad de interpretación surge de la complicada tarea que implica plasmar en un gráfico un signo que por su naturaleza no es visible, por lo cual es necesario el empleo de más de un método para poder delimitarlo de una manera más precisa, en palabras del tribunal:

> ...se recomienda admitir representaciones de un signo distintas a las gráficas cuando éstas sean más aptas para identificarlo, siendo suficiente que éste sea representado de una manera que permita a las autoridades competentes y al público consumidor determinar el objeto exacto de la protección conferida al titular. (pág. 25) (El Resaltado me pertenece)

En el caso puntual de la marca táctil se determinó que esto se logra simultáneamente por medio de una descripción precisa, un dibujo tridimensional o fotografía, y facilitando una muestra física de la marca a la cual las personas interesadas deben tener acceso.

Finalmente, también se ha considerado la directa eliminación de este requisito como tal para signos no visibles, dado que por su propia naturaleza hace imposible que puedan reproducirse de una forma gráfica y completa en sí misma, más las exigencias de claridad, precisión, inteligibilidad, comprensibilidad y durabilidad. El motivo es simple, ya que

lo verdaderamente distintivo en esta clase de signos no es su apariencia, sino las sensaciones que provocan por medio de una superficie, sabor, sonido u olor; por lo que la única forma de verdaderamente apreciar estas características, es tiendo acceso a reproducciones o ejemplares.

De este modo, se pude tomar como ejemplo los cambios realizados en Europa y en función de ello, ampliar el contenido del artículo 134 de la Decisión 486 de la siguiente forma:

> Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que puedan ser representados de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro (Zevallos, 2018, pag. 242).

Todos estos cambios deben ser recogidos dentro de la normativa interna nacional, entiéndase los artículos 359 y 360 del COESCCI, los cuales determinan el concepto, requisitos y prohibiciones de lo que engloba una marca.

A su vez, es necesario la expedición del reglamento correspondiente al que el COESCCI hace reiteradas referencias para desarrollar y ejecutar varios de sus supuestos, como lo puede ser en el proceso de registro marcario de su artículo 363. Su contenido debe recoger las indicaciones y requerimientos determinados en la Decisión 486, especificando las vías de representación adecuada para los diversos tipos de marcas no tradicionales, como lo pueden ser descripciones, imágenes, archivos de audio o multimedia y, en ciertos casos, depósitos de muestras que sean accesibles.

CONCLUSIONES

La marca constituye un bien inmaterial de gran importancia dentro de la actividad económica ya que permite la diferenciación e identificación del origen empresarial de bienes o servicios. Con el pasar del tiempo ha evolucionado en nuevas formas conocidas como "no tradicionales" y entre ellas se encuentran las no visibles que apelan a los sentidos del oído, tacto, gusto y olfato. Esta búsqueda de una estimulación más amplia en el público consumidor se da en razón de que permiten una mayor remembranza, por lo que en el área del marketing se ha intentado explotar este potencial al alejarse de medios comunes.

De los datos obtenidos se desprende que los nuevos tipos de marca tienen su punto más alto cuando son recién implementadas en una jurisdicción, reduciendo su tendencia y estabilizándose con el pasar del tiempo. Su empleo no alcanza números tan altos como en el caso de las marcas tradicionales, pero esto no desmerece su reconocimiento y proporción en su demanda, siendo esta mayoritariamente enfocada en formas, colores y sonidos.

Es notable que en los últimos años, el número de solicitudes de registro de marcas ha tenido un crecimiento constante en el Ecuador, lo cual es un indicador de una mayor actividad empresarial. Así mismo, el reconocimiento de estos nuevos tipos de marcas es presente tanto a nivel comunitario como nacional, por lo que si la tendencia sigue creciendo, es muy posible la búsqueda de su empleo para lograr una mejor diferenciación en el mercado.

Ante este escenario es importante que se establezcan los criterios y medios necesarios para tener claridad en su proceso de registro. En el caso de signos visibles no existe mayor discusión en la forma adecuada de su representación gráfica, caso contrario en lo que concierne a signos no visibles, por lo que se ha considerado la evolución de este requisito por uno más amplio que se adecue a las particularidades de cada uno.

Esta propuesta de cambio a nivel comunitario y nacional es tan solo uno de los primeros pasos a realizar para fomentar su empleo, el SENADI como entidad competente debe facilitar los medios adecuados para su aplicación, entre ellos una mayor especificidad en las solicitudes de registro en línea, la determinación de nuevas tasas de pago en caso de ser necesarias, y el desarrollo de un portal web similar a los empleados por otras oficinas nacionales competentes en materia de propiedad intelectual, ya que permiten tener un acceso más amplio y rápido a bases de datos que contengan la información correspondiente a la diversidad de objetos sujetos al régimen de propiedad intelectual, lo cual en el ámbito de signos distintivos no solo facilitaría su búsqueda para evitar similitudes con otros signos que se deseen registrar; sino también como un importante insumo para facilitar futuros estudios del impacto y tendencias en diversas ramas de la propiedad intelectual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adams, M. y Scardamaglia. A. (2018). Non-Traditional Trademarks. An Empirical Study. En Calboli. I y Senftleben M. (Eds.), *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives* (pp. 37-58.): Recuperado de: https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198826576.001.0001/oso-9780198826576-chapter-3

Castro, J. (2012). Las marcas no tradicionales. *Revista la Propiedad Inmaterial,* No. 16 - noviembre de 2012 (pp. 297 – 325). Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4112068.pdf

Cedeño, P. (2018). Régimen Jurídico de las Marcas No Tradicionales: Registrabilidad de un Color Aisladamente Considerado, en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. (Tesis de grado), Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de: http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14710/DISERTACI%C3%93N%20PEGGY%20CEDE%C3%91O%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Chacón, S. (2018). Santiago Cevallos: 'Los activos intangibles deben ser la base de un negocio'. El Telégrafo. Recuperado de: https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/desde/1/santiago-cevallos-los-activos-intangibles-deben-ser-la-base-de-un-negocio

Diez, C. (2013). *Marketing Olfativo ¿Qué olor tienes en mente?* (Tesis de grado, Universidad de León). Recuperado de: https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2828/071440718G_GADE_julio13.pdf?sequence

Estanyol, E. (2014). Marketing sensorial: comunicación a través de los sentidos. *COMEIN Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación,* Número 38 (noviembre de 2014), (sin paginas determinadas). Recuperado de: https://www.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero38/articles/Article-Elisenda-Estanyol.html

Fernández, C. (2017). Marcas olfativas, sensory branding y reglamento ue 2015/2424. *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2017 (núm. 67), (pp. 135-154). Recuperado de: https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/marcas+olfativas/WW/vid/700052841/graphical_version

Fernández-Novoa, C. Otero, J. Botana, M. (2013). Manual de la Propiedad Industrial. Quito-Ecuador. Marcial Pons.

Gobé, M. (2009). *Branding emocional: el nuevo paradigma para conectar emocionalmente las marcas con las personas.* México, México: Divine Egg

Healey, M. (2009). ¿Qué es el branding? Barcelona, España: Gustavo Gili

Leyva, G. (2017). Un acercamiento a las marcas animadas. *Revista La Propiedad Inmaterial.* 24 (dic. 2017), (pp. 5-26). DOI:https://doi.org/10.18601/16571959.n24.01.

Lizano, A. Pal, A. (2013). *Nuevas modalidades de marcas: olfativas, táctiles y gustativas. Viabilidad, utilidad y efectos jurídicos en Costa Rica*. (Tesis de grado, Universidad de Costa Rica). Recuperado de: http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Nuevas-modalidades-de-marcas-olfativas-t%C3%A1ctiles-y-gustativas.-Viabilidad-utilidad-y-efectos-jur%C3%ADdicos-en-Costa-Rica.pdf

Mammen, K. y Scaria, A. (2019). Non-Traditional Trademarks in the Pharmaceutical Sector. En Calboli. I y Senftleben M. (Eds.), *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives* (pp. 271-285.): Recuperado de: https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198826576.001.0001/oso-9780198826576-chapter-15

Manene, L. (2012). Marketing: Introducción, concepto, evolución, definiciones y tipos. *Luis Miguel Manene*. Recuperado de: http://www.luismiguelmanene.com/2012/02/20/marketing-introduccion-concepto-evoluciondefiniciones-y-tipos/

Martínez, D. (2019). Marcas ahora podrán registrar su olor y sonidos ante el IMPI. *Aristegui Noticias*. Recuperado de: https://aristeguinoticias.com/0702/kiosko/play-doh-primera-marca-olfativa-de-mexico/

Navarrete, D. (2010). Manual ecuatoriano de derecho marcario: teoría y práctica. Quito, Ecuador: ECOMINT.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Comité Permanente Sobre El Derecho De Marcas, Diseños Industriales E Indicaciones Geográficas (2007). *Relación Entre Los Principios Existentes En Materia De Marcas Y Los Nuevos Tipos De Marcas*. (SCT/17/3). Recuperado de: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_17/sct_17_3.doc

Riaño, L. (2016). *Sustitución de la representación gráfica de marcas por un criterio dinámico de utilidad*. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Propiedad Intelectual. Recuperado de: https://propintel.uexternado.edu.co/sustitucion-de-la-representacion-grafica-de-marcas-por-un-criterio-dinamico-de-utilidad/

Rodríguez, V. (2019). The first non-traditional trademark registrations have been granted in México. *IP TANGO*. Recuperado de: http://iptango.blogspot.com/2019/05/the-first-non-traditional-trademark.html

Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI). (2019). La Gaceta de la Propiedad Intelectual 647. Estadísticas 2018. Recuperado de: http://gaceta.propiedadintelectual.gob.ec:8180/Gacetas/647/#p=6

Turnbull, E. (2018). Yes, You Can Trademark Smells, But It's Not Easy. *O' Reilly Rancilio P.C*. Recuperado de: https://www.orlaw.com/intellectual-property/2018/04/13/yes-can-trademark-smells-not-easy/#targetText=Instead%2C%20trademarks%20are%20solely%20meant,-functional%20purpose%20and%20actual%20product.

Vera, L. (2017). *Derecho marcario*. Quito, Ecuador: CEP

Zevallos, M. (2018). *Marcas no tradicionales no visibles: análisis de la normativa legal vigente en el Perú. Una gran oportunidad para las marcas olfativas*. (Tesis de grado, Universidad de Lima). Recuperado de: http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/7114/Zevallos_Labrin_Marlenny_%20Fernanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y

REFERENCIAS LEGALES

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. RO. 899 de 9 de diciembre de 2016. Recuperado de: https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/febrero/a_2_16_codigo_ingenios_febrero_2019.pdf

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. (27 de junio de 1991). (Reformas DOF 06-05-2009). Recuperado de: https://docs.mexico.justia.com/federales/ley_de_la_propiedad_industrial.pdf

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. (27 de junio de 1991) (. Reformas DOF 18-05-2018). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_180518.pdf

Canadian House of Commons, and Senate of Canada. Trademarks Act [R.S.C., 1985, c. T-13] (Versión a Julio 29, 2019). Recuperado de: https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/T-13.pdf

Comisión Europea. Reglamento De Ejecución (UE) 2018/626. (5 de marzo de 2018). Diario Oficial de la Unión Europea. Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0626&from=EN

Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Registro Oficial 258, 2-II-2001. Recuperado de: https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/febrero/a_2_14_desicion_can486_febrero_2019.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (27 de octubre 2004). Proceso de Interpretación Prejudicial 242-IP-2015. [MP Luis José Diez Canseco Núñez]. Recuperado de: https://www.tribunalandino.org.ec/ips/242-IP-2015.pdf

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (12 de diciembre de 2002). Sentencia en el Asunto C- 273/00, (Caso Sieckmann). [MP. F. Macken]. Recuperado de: http://euipo.europa.eu/es/mark/aspects/pdf/JJ000273.pdf

Recibido: 21/03/2020
Aprobado: 12/06/2020
Jefferson Eduardo Macias Quisaguano: Investigador jurídico independiente.
Correo electrónico: yeyemaciasq@hotmail.com
Ciudad: Quito
País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.255

Régimen laboral de las empresas públicas ecuatorianas

Ecuador´s legal framework on labor for Government-run companies

Lizzeth Karina Villavicencio Logroño
Investigadora jurídica independiente
Ciudad: Quito
Pais: Ecuador

Artículo original (investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 366-404, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Las empresas públicas son una herramienta fundamental para el cumplimiento de los objetivos del Estado. Estas empresas de Estado, como también se las conoce, han sido dotadas de facultades conforme la utilidad que han ido adquiriendo. Debido a su importancia, se ha previsto un régimen jurídico particular que les permita asimilar su funcionamiento a las empresas privadas para que puedan competir en igualdad de condiciones y producir rentabilidad social.

En el mismo sentido, se ha contemplado que su régimen laboral diste de aquel que impera en el resto del sector púbico. A través de una metodología explicativa, el presente artículo acomete develar el régimen laboral que el legislador ecuatoriano ha previsto para los servidores públicos que trabajan en estas entidades. Desde una perspectiva analítica, se pretende concluir que se trata de un régimen mixto que no concuerda con lo establecido por la doctrina y que requiere ser unificado para evitar interpretaciones arbitrarias.

PALABRAS CLAVE: empresas públicas, servidores públicos, sector público, administración pública

ABSTRACT: Government-Run companies are a fundamental tool for achieving the State's objectives. These State-Owned

companies, as they are also known, have been empowered according to the utility they have been acquiring. Due to their importance, a particular legal framework has been established, allowing them to assimilate their operation to private companies so that they can compete on equal terms and produce social profitability.

In the same matter, it has been suggested that their labor framework has to be different from those prevailing in the rest of the public sector. Through an analytical methodology, this article aims to unveil the labor legal framework that the Ecuadorian legislation has instituted for public servants who work in these entities. From an analytical perspective, it intends to conclude that a mixed legal framework does not agree with what is established by the legal doctrine and that it needs to be unified to avoid arbitrary interpretations.

KEYWORDS: Government-Run companies / State-owned enterprises, public servants, public sector, public administration.

INTRODUCCIÓN

El servicio público ha sido una arista de trascendental importancia para los Estados a lo largo de la historia ya que los servidores públicos son quienes han hecho posible el cumplimiento de los objetivos previstos por los gobernantes y legisladores. A pesar de que han existido diversas opiniones y se ha generado un debate continuo sobre el desarrollo de sus funciones y la trascendencia de su trabajo, es claro que son un pilar fundamental para la administración pública.

Debido al alcance de sus atribuciones, la naturaleza de la relación entre los servidores y la administración pública ha sido ampliamente analizada por la doctrina. Por ende, se ha establecido una clasificación macro para poder determinar de mejor manera las particularidades que revisten a los servidores públicos. Dicha clasificación no solo se ha basado en la funcionalidad o utilidad de cada tipo de servidor público, sino también ha tomado en consideración el tipo de entidades en las que prestan sus servicios.

En especial, la naturaleza de la entidad a la que pertenecen ha cobrado importancia cuando la misma ha sido dotada de un régimen particular. Este es el caso de las empresas públicas o empresas comerciales e industriales –empresas de Estado-, como se las conoce en la doctrina, a las cuales los Estados han ido atribuyendo competencias según sus necesidades. A pesar de que las mismas no han podido ser definidas de manera unánime pues "desarrollan una actividad comercial o industrial con un régimen jurídico entremezclado que combina el Derecho Público con el Derecho Privado" (Cassagne, 1998, p.340), cada legislación las ha normado en correspondencia con su finalidad última.

Consecuentemente, el legislador ecuatoriano las ha convertido en una herramienta de suma trascendencia y las ha dotado de elementos únicos. Esta circunstancia se ha hecho especialmente notoria en el régimen laboral imperante en las mismas, pues a la regulación de su talento humano la identifica un régimen jurídico mixto, mismo que es esencial para que el Estado pueda cumplir con su rol de empresario y produzca rentabilidad social. Empero, al haber previsto un régimen divergente al resto del sector público, en varios de sus actos y contratos se han encontrado particularidades no previstas (Villegas, 2013).

Este estudio procura esclarecer el régimen laboral impuesto por el ordenamiento jurídico ecuatoriano a los trabajadores[1] que prestan sus servicios en las empresas públicas. A través de un método descriptivo y analítico pretende determinar en un primer momento la definición, características y clasificación que tanto la doctrina como la legislación han previsto para la generalidad de servidores públicos.

Como segundo punto, pretende poner en contexto a las empresas públicas y dar a conocer el régimen laboral que ha sido sugerido por la doctrina debido a la naturaleza mixta que impera en sus actos y contratos. En el mismo sentido, analiza el origen de la regulación laboral prevista por la norma ecuatoriana en la cual convergen normas de Derecho Público y de

1 Como servidores que poseen relación laboral con las empresas públicas ecuatorianas se debe entender a los servidores de libre nombramiento y remoción, servidores de carrera y obreros.

Derecho Privado. Para finalizar, concluye con la interpretación de los cuerpos legales de aplicación concurrente en la regulación de los servidores de carrera, con el fin de dar solución a las interrogantes que este régimen poco concordante ha generado y, de esta manera, esclarecer el régimen laboral mixto que ha caracterizado a los trabajadores que pertenecen a las empresas públicas ecuatorianas.

1. SERVIDORES PÚBLICOS

La naturaleza, funciones y principios que rigen a los servidores públicos han sido objeto de diversas consideraciones. Sin duda el papel que desempeñan en miras al correcto desenvolvimiento de la administración pública ha generado criterios contrapuestos; empero, indiscutiblemente su funcionalidad los ha vuelto indispensables para el desarrollo de los objetivos de cada Estado. Por ese motivo, no deja de extrañar que sus particularidades no hayan sido estudiadas a profundidad y consecuentemente no se haya dado la importancia debida a regular de manera adecuada los actos y contratos de los que son partícipes.

La falta de análisis oportuno ha caracterizado a la generalidad de componentes que revisten al servicio público y, por ende, ello ha marcado también al régimen laboral que los vincula con la administración pública. Este actuar errático ha sido causa de interpretaciones inconsistentes sobre su naturaleza y regulación, mismas que atañen a este estudio. Para iniciar con el análisis de aquellas inconsistencias es necesario tener presente que, si bien es cierto, el sector público dista en muchas características del sector privado, no es menos cierto que el Derecho Laboral inició como un Derecho protector de todo vínculo laboral por lo cual, sería cuestionable que los principios y garantías sean discordantes por el simple hecho de que un trabajador preste sus servicios en uno u otro sector (González, 2017).

Previo a dar una noción sobre la naturaleza y principios que rigen a las relaciones laborales en el sector público y su diferencia con aquellas que se producen en el sector privado, es menester poner en contexto al servicio público. Al respecto,

es importante mencionar que a pesar de que no se ha dado el tiempo y el espacio que se debería al estudio de las características que envuelven a los servidores públicos, la doctrina ha sido enfática en señalar su conceptualización y clasificación pues, dichas aristas son trascendentales para abordar su regulación en el ámbito laboral.

1.1 Nociones generales sobre el servicio público

En primer lugar, es oportuno partir de la funcionalidad que, a través de la ley especial, se le ha otorgado al servicio público en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Ley Orgánica de Servicio Público –LOSEP- entre sus primeros artículos ha determinado:

> Objetivo. - El servicio público y la carrera administrativa tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación. (LOSEP, 2010, art. 2)

Como se desprende de la norma, es lógico concluir que el servicio público está orientado al mejoramiento continuo profesional y de toda índole de los servidores públicos. Este anhelo no es sorpresivo pues, los servidores públicos son aquellos que prestan sus servicios con miras a la realización de los objetivos de la administración pública. No obstante, lo que podría llegar a sorprender es que una ley orientada a regular al talento humano haga hincapié en principios exclusivos como aquellos mencionados en el primer artículo que establece:

> Principios. - La presente Ley se sustenta en los principios de: calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad,

participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad que promuevan la interculturalidad, igualdad y la no discriminación. (LOSEP, 2010, art. 1)

Al sector público le rigen y amparan principios orientados al correcto funcionamiento de la administración pública pues el cumplimiento de sus planes es de interés público y, por ende, todo lo que se relacione con ello - más aún si se trata de sus servidores – debe tomar como base el beneficio de los administrados. Por otra parte, ello no impide que los principios que rigen al interés particular de los trabajadores, que en el caso de la disciplina laboral se encuentran plasmados en su gran mayoría en el Código del Trabajo, les sean aplicables cuando un servidor público guarda relación laboral con la administración pública.

Entonces, claramente la LOSEP al ser una norma que rige al servicio público debe hacer hincapié en los principios que rigen a la administración pública y que están encaminados a la protección de los administrados. No obstante, ello no implica que aquellos principios reconocidos a través del Derecho del Trabajo hayan sido desconocidos para los servidores públicos pues, sería incorrecto concluir que la categoría de servidor público excluye a la de trabajador, cuando en realidad la contiene. Simplemente, ante las diversas consideraciones que se han tenido al respecto, es necesario aclarar que además de los principios que rigen en la disciplina de Derecho Administrativo, cuando el trabajador pertenece al sector público y por ende es un servidor público, también le son aplicables otros principios concernientes a sus funciones individuales (Krotoschin, 1977).

1.2 Aproximación conceptual a la denominación servidor público

El Derecho Laboral es un Derecho protector de todo trabajador, independientemente del lugar o sector al que pertenezca y en el que realice sus labores. Es por ello, que no hay que olvidar que los servidores públicos también pueden ostentar la calidad de trabajadores dependiendo de sus funciones y el tipo

de vínculo que mantengan con la administración pública. Para el efecto, es conveniente partir de la definición que ha otorgado la Carta Magna ecuatoriana al concepto "servidor público" misma que, cabe adelantar, concuerda en varios elementos con aquella otorgada por la doctrina; sin embargo, varios de los preceptos infra constitucionales han desviado en cierta forma dicha conceptualización. En su articulado la Carta Constitucional menciona:

> Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.
>
> Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.
>
> Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.
>
> La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia. (CRE, 2008, art. 229)

El articulo precedente no solo da una definición amplia sobre la denominación "servidor público", sino que realiza una breve explicación acerca de ciertos elementos importantes al respecto como son los principios y parte de la normativa aplicable a los mismos, lo cual da una noción sobre el régimen aplicable. La conceptualización expresada por la Constitución ha sido reiterada en la normativa especial aplicable a la regulación del Talento Humano en el sector público. La Ley Orgánica de Servicio Público –LOSEP-, en sus primeros artículos contiene la definición mencionada y al respecto indica que: "Servidoras

y servidores públicos. - Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público" (LOSEP, 2010, art. 4).

La definición adoptada por la normativa ecuatoriana concuerda con la definición otorgada por una gran parte de la doctrina, misma que en breves palabas ha establecido que:

> En simple descripción o definición diremos que toda persona que proporcione un servicio o actividad remunerada en beneficio del Estado. Independientemente de la denominación que se le haya proporcionado al trabajador (servidor, funcionario o empleado público), este cumple un mismo fin, el de servir a nombre del Estado, a sus mandantes. (Valencia, 2015, p.10)

Tanto la norma como la doctrina han sido enfáticos en señalar que servidor público es una categoría que atañe a toda persona que, independientemente de la denominación que se le otorgue, presta sus servicios, trabaja o realiza cualquier actividad encaminada al beneficio de los fines de la administración pública. Entre líneas, la conceptualización realizada ha intentado cubrir los múltiples errores conceptuales que se han generado alrededor de esta denominación pues no solo en la legislación, sino que incluso en la doctrina, ha existido confusión en varios elementos. Por ejemplo, se ha generado una errónea conclusión en cuanto a la supuesta sinonimia existente entre el concepto de funcionario y servidor público o en la supuesta antonimia entre el concepto de trabajador y servidor público misma que, como es lógico, carece de sentido (Bielsa, 1980).

Las interrogantes descritas no son las únicas que han causado confusión alrededor del concepto servidor público, pues de las mismas han nacido ciertas actuaciones arbitrarias por el simple hecho de no conocer a profundidad las características que rigen al servicio público y al Derecho Laboral. Previo a desarrollar la interrogante que interesa a este estudio, es oportuno presentar un ejemplo de lo que ha conllevado el desconocimiento mencionado.

En el año 2015, a través de una serie de enmiendas constitucionales, los legisladores dieron un giro a varios ámbitos que se encontraban previstos, entre ellos el laboral. A través de estas enmiendas constitucionales se produjeron cambios en los artículos 229 y 326 de la Constitución ecuatoriana mismos que hacen referencia al régimen laboral de los obreros en el sector público. Los legisladores intentaron justificar dicho cambio en base al principio de igualdad, aduciendo que el nuevo régimen lograría el tan anhelado trato igualitario de todos los servidores públicos y coincidiría con los preceptos sugeridos por la OIT (Sector público, con nuevas reglas para contratación de trabajadores, 2015).

Claramente en dicha motivación el legislador no tomó en cuenta que los principios de Derecho Laboral les son aplicables a los obreros a pesar de que son considerados servidores públicos. Esta errónea aplicación de la normativa causó que la Corte Constitucional determinara la inconstitucionalidad de estas enmiendas poco después, en el año 2018 (CC-SIN-018-18, 2018). Al respecto es importante recordar que gran parte la doctrina ha criticado estos cambios abruptos en la legislación en cuanto al régimen de los servidores públicos, en especial porque considera que la diferenciación o semejanza que se haga debe sobrepasar una concepción etimológica, pues el primer paso sería velar por la aplicación en igualdad de condiciones de los derechos laborales y posterior a ello unificar el régimen aplicable a los servidores públicos. (Trujillo, 2008).

1.3 Clasificación doctrinaria de los servidores públicos

Una vez analizada la conceptualización y radicada la importancia del servicio público en cuanto a su utilidad para el logro de los objetivos de todo Estado, es importante recordar que la normativa debe ir encaminada a cumplir con dicha finalidad. Por ese motivo, tanto la normativa como la doctrina han realizado una clasificación base y han determinado, conforme a la misma, las funciones y particularidades que deben revestir a los servidores públicos en sus cargos. En gran parte, esta clasificación ha sido basada en parámetros objetivos como la modalidad de vinculación con el sector público (Valencia, 2015).

La gran mayoría de servidores públicos trabajan para el sector público en el ámbito de sus competencias y por ello, el grupo que interesa para este estudio son aquellos que mantienen una relación laboral con el Estado[2]. Los servidores públicos que se encuentran en el grupo mencionado, han sido catalogados por la doctrina como empleados oficiales con la finalidad de asimilar su denominación a los trabajadores del sector privado y así, disminuir en alguna forma la brecha existente entre unos y otros. Para establecer una clasificación adecuada se ha tomado en cuenta principalmente que: "El vínculo laboral con la administración pública, se manifiesta de maneras diferentes: una modalidad estatutaria, otra contractual y una tercera de carácter temporal que agrupa a quienes han sido denominados en la doctrina como auxiliares de la administración" (Dueñas, 2009, p. 64).

Consecuentemente, con base en la modalidad de vinculación, los empleados oficiales han sido divididos en dos grupos principales que son empleados públicos y trabajadores oficiales. El primer grupo se caracteriza porque sus servidores se vinculan con la administración pública a través de una modalidad estatutaria, legal o reglamentaria; en cambio, los servidores del segundo grupo pasan a formar parte de la administración pública mediante una modalidad contractual (Dueñas, 2009).

La modalidad estatutaria se refiere al proceso mediante el cual una persona pasa a ostentar la calidad de servidor público y en breves palabras "Confiere a quien por ella tiene acceso a la administración la calidad de empleado público o funcionario público, y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión" (Younes, 2001, p.21). La modalidad de vinculación de esta categoría de servidores ha sido denominada de esa manera porque se considera que las características que rigen tanto su vinculación como sus labores se encuentran previstas en la ley, estatutos o reglamentos –norma- y no hay posibilidad de negociarlas, al menos en principio, aunque obviamente el consentimiento debe estar presente en la relación laboral (Younes, 2001).

2 Por su finalidad, el presente estudio omite el análisis de otro tipo de servidores públicos como –funcionarios, dignatarios, servidores con contrato de prestación de servicios profesionales, servidores con contrato ocasional, entre otros-.

En cuanto a esta modalidad la doctrina ha sido enfática en señalar que: "se manifiesta mediante la expedición de un acto administrativo de nombramiento, llámese resolución o decreto y se perfecciona con la posesión en el empleo" (Dueñas, 2009, p. 65). En el mismo sentido, los empleados públicos han sido subdivididos en dos grupos, que han sido considerados también dentro de las divisiones normativas establecidas por el legislador ecuatoriano, el primer grupo ha sido denominado como empleados de libre nombramiento y remoción. Estos empleados conforme a la doctrina "integran la órbita administrativa de la provisión discrecional, o sea aquella en la que el nominador puede escoger libremente el designado con la sola condición que este reúna los requisitos y exigencias legales" (Younes, 2001, p. 145).

En cambio, el segundo grupo son los empleados que pertenecen a la carrera administrativa o servidores de carrera, como se los conoce comúnmente, quienes ingresan a la administración a través de un proceso reglado que los hace acreedores de un nombramiento permanente. Cabe recalcar que, en la legislación ecuatoriana se ha tomado a la par un criterio objetivo que hace referencia al tipo de labores desempeñadas para esta subdivisión (Younes, 2001 y Valencia, 2015).

De esta manera ha sido determinada la forma de vinculación de estos subgrupos en la legislación ecuatoriana.

> Clases de nombramientos. - Los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser:
>
> a) Permanentes: El que se otorga a la o el ganador del concurso de méritos y oposición, una vez que haya aprobado el período de prueba;
> b) Provisionales: Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;

> c) De libre nombramiento y remoción: Los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado; y,
>
> (...)
>
> (Decreto Ejecutivo 710, 2011, art. 17)

Por consiguiente, los empleados de libre nombramiento y remoción son aquellos a quienes se les otorga un nombramiento ordinario. Por el contrario, los empleados de carrera son vinculados a través de un nombramiento provisional mismo que se convierte en definitivo después de haber cumplido con el periodo de prueba que se encuentre previsto. En los últimos, el vínculo se da posterior a un procedimiento administrativamente reglado que se conoce como concurso de méritos y oposición (Valencia, 2015).

Una vez tratadas las características de los empleados públicos y su correspondiente subdivisión, es necesario retomar el concepto de trabajadores oficiales. Estos servidores públicos, a pesar de no vincularse a través de ningún tipo de nombramiento anteriormente descrito, son una clase de empleados oficiales de suma importancia. La forma de vinculación de estos trabajadores es la denominada contractual, lo cual implica que se vinculan al servicio público a través de un contrato de trabajo, mismo que no es antecedido por un procedimiento reglado como en el caso del primer grupo[3] sino que sus labores y condiciones se estipulan en un instrumento que se perfecciona por el consentimiento mutuo.

En conclusión, los trabajadores oficiales se vinculan por medio de un contrato laboral que "se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables" (Younes, 2001, p.22). Los trabajadores

3 Un sector de la doctrina se ha inclinado por la idea de que todos los servidores públicos deberían ser vinculados a través de un concurso de méritos y oposición dando cumplimiento al principio de igualdad y salvaguardando los fines de la administración pública.

oficiales han sido mejor conocidos como obreros en la mayoría de legislaciones.

En fin, es en base a esta clasificación que antecede que los Estados deben elaborar su escalafón[4] y otorgar características particulares a cada grupo según sus necesidades. Para ejemplificar de mejor manera el régimen de los empleados oficiales–servidores públicos- en la doctrina, se resumen sus características en el siguiente gráfico:

Gráfico No. 1

"Servidores públicos" Empleados oficiales
Empleados públicos
Libre nombramiento y remoción
Discreción de la autoridad nominadora
Nombramiento ordinario
Modalidad estatutaria
Sujeción al Derecho Público
Carrera administrativa
Concurso de méritos y oposición
Nombramiento definitivo
Modalidad estatutaria
Sujeción al Derecho Público
Trabajadores oficiales
Obreros
Contrato de trabajo
Modalidad contractual
Sujeción al Derecho Privado

Clasificación doctrinaria y régimen laboral de los empleados oficiales (servidores públicos) (Villavicencio, 2019, p. 90)

4 Según la Resolución 081 emitida por la SENRES que trata sobre la Remuneración de Funcionarios de Nivel Superior del Sector Público –concuerda con el tipo de nombramientos establecidos por la LOSEP-, los niveles se denominarían en primer lugar, nivel jerárquico superior, el cual "está integrado por puestos con funciones y responsabilidades que involucran la toma de decisiones de carácter técnico y administrativo, cuyos titulares son los responsables de la ejecución de las políticas públicas, estatales, gubernamentales e institucionales" (Resolución 81, 2004, art.1).

El nivel medio en cambio está integrado por cargos que reúnen características determinadas por los principios que rigen a la administración pública pero además por las necesidades institucionales. El nivel técnico a su vez está integrado por aquellos servidores que pertenecen a la carrera administrativa pues poseen conocimientos técnicos para cumplir funciones específicas, lo cual en la mayoría de legislaciones les permite gozar de estabilidad en sus puestos de trabajo.

Por último, el nivel operativo es aquel conformado por aquellos cuyo trabajo es caracterizado por la preminencia de esfuerzo físico, manual o mecánico antes que el intelectual – características sumamente cuestionadas para estos trabajadores- (Valencia, 2015).

2. SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Como ha quedado establecido, todo trabajador que preste sus servicios en una de las entidades comprendidas dentro del sector público adquiere la denominación de servidor público independientemente de la naturaleza de su vinculación. A pesar de ello, el régimen previsto para la generalidad del sector público no siempre es aplicable a los servidores, en especial cuando se trata de instituciones que por su naturaleza permiten la concurrencia del Derecho Público y el Derecho Privado en un mismo tipo de acto o contrato. Ese es el caso de las denominadas empresas públicas pues, por la finalidad que persiguen son normadas de forma particular (González, 2017).

2.1 Aproximación conceptual a las empresas públicas

Por la naturaleza que reviste a las empresas públicas, la doctrina ha tenido dificultad para otorgarles una concepción unánime; pese a ello, las mismas han sido dotadas de peculiaridades según la funcionalidad que han ido otorgándoles las distintas legislaciones, entre ellas la ecuatoriana. De esta manera, ya que hoy en día son consideradas como entidades de suma importancia para los planes estatales, la doctrina y la legislación han coincidido en otorgarles una definición que puede englobar todos sus elementos distintivos y pueda dar una noción de su trascendencia (Cassagne, 1998).

Las empresas industriales y comerciales del Estado como se ha denominado a las empresas públicas, "son organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley" (Villegas, 2016, p.96). En otras palabras, la doctrina ha optado por conceptualizarlas según su funcionalidad estableciendo:

> La empresa industrial y comercial, como su nombre lo indica, es una empresa o expresión del Estado empresario, que incurre en actividades semejantes a las de los empresarios privados o susceptible de ser

> fundada o manejada por los empresarios particulares en la misma forma que por el Estado y por ello se regula por el derecho de los particulares, o sea el derecho privado contractual. (Villegas, 2016, p. 97)

De las definiciones que anteceden, se desprende que los elementos que hacen únicas a estas entidades devienen de la naturaleza única que poseen. Pues, si bien la actividad industrial o comercial para la cual están destinadas podría considerarse de naturaleza privada –prestación de servicios públicos o gestión de sectores estratégicos-, al ser entidades que pertenecen al sector público se genera la interrogante de si su naturaleza podría considerarse de tipo mixto. (González, 2017). Es así que la doctrina ha determinado que:

> Son entidades descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial, organizadas bajo un régimen jurídico mixto, semiadministrativo y regidas alternativamente por el Derecho Público o por el Derecho Privado, según la naturaleza de sus actos. (Dromi, 2001, p.612)

Entonces, al poseer una naturaleza mixta en relación con su funcionalidad y finalidad, el régimen jurídico que la doctrina les ha otorgado también ha sido considerado como mixto. No obstante, esto ha causado gran confusión debido a que se ha considerado que debe hacerse una diferenciación en cuanto a sus actos y contratos; por ejemplo, al buscar la consecución de objetivos públicos deben someterse al Derecho Público en todo lo que refiera a su relación directa con la administración, mientras que en todo lo que atañe a las actividades de índole comercial o industrial que emprendan deben someterse al Derecho Privado (Cassagne, 1998). Finalmente se ha concluido que:

> El concepto de empresa pública carece de un significado jurídico preciso; y a través de él solo puede expresarse que el Estado ha adoptado una política de intervención en el mercado, mediante distintas formas de organización que se asemejan a la empresa privada, pero ofrecen diferentes perfiles jurídicos, en función

del grado de intervención en la economía que el Estado se propone. (Mata, 2009, p.587)

Como corolario, las empresas públicas son parte del sector público en los términos establecidos por el artículo 225 de la Constitución ecuatoriana, es decir que su creación, regulación y control depende del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados (Valencia, 2015). Obviamente, estas instituciones gozan de autonomía tal como se encuentra previsto por la legislación, razón por la cual cuentan con patrimonio propio (Cassagne, 1998). En consecuencia, las empresas públicas pertenecen al sector público de la economía ya que las rige un elemento subjetivo que es la participación directa o indirecta del Estado, y de manera objetiva su finalidad hace referencia directa a la actividad industrial o comercial para la cual estén encaminadas (Dromi, 2001).

Efectivamente, las empresas públicas pertenecen al sector público, no obstante, gozan de características que son compartidas por las empresas del sector privado lo cual, no solo las hace merecedoras de un carácter mixto, sino que también a sus actos y contratos los determina esa naturaleza particular (González, 2017). Es necesario mencionar que las empresas públicas han obtenido diversas denominaciones dentro de la doctrina y la legislación comparada, pero son sus particularidades las cuales han dotado de una concepción especial a las mismas.

Por ejemplo, al analizar la ley que las rige –LOEP- en sus primeros artículos -4 y 5-, en concordancia con el texto constitucional, se ha considerado que inclinan a sus actos y contratos al sometimiento al Derecho Público, mientras que al analizar la Disposición General Primera del mismo texto normativo especial se podría considerar que tan solo pocos de sus actos y contratos –residuales- son de carácter administrativo. Lo mencionado solo da certidumbre de la naturaleza mixta caracteriza a las empresas públicas y, adicionalmente, da un breve indicio sobre la confusa regulación que las rige (González, 2017).

Reiterando lo mencionado, el carácter mixto que caracteriza a la naturaleza de las empresas públicas es el mismo que caracteriza a sus actos y contratos. Uno de los ámbitos en los cuales ello se ha vuelto particularmente notorio y ha tomado radical importancia, ha sido el laboral. Paradójicamente, aunque las empresas públicas requieren de total interés por parte de autoridades y doctrinarios, por su naturaleza tan compleja y particular, las mismas no han sido desarrolladas ni normadas de manera adecuada. El legislador ha huido constantemente a su regulación ignorando la importancia que las reviste y las consecuencias que puede acarrear su equívoca regulación en distintas ramas del Derecho.

La legislación ecuatoriana realmente ha dejado de lado la adecuada regulación de estas entidades tratándolas de manera dispersa sin guardar concordancia con la normativa jerárquicamente superior y mucho menos con los preceptos doctrinarios; por ende, es necesario conocer brevemente sobre lo que los distintos autores han establecido respecto al régimen laboral imperante dentro de las mismas y de esta manera contrastarlo con la legislación ecuatoriana.

2.2 Clasificación doctrinaria de los servidores públicos en las empresas públicas

En conexión con el tema central tratado, las personas que trabajan, prestan servicios o realizan cualquier actividad inclinada a cumplir con los objetivos de las entidades que pertenecen al sector público, deben ser considerados como servidores públicos. Consecuentemente, los principios de Derecho Público como de Derecho Privado les son aplicables a estos servidores, cuando son trabajadores y ello no obsta que a sus actos y contratos también los regule un régimen jurídico especial (Cabanellas, 2008).

Como fue mencionado con antelación, para la clasificación de los servidores públicos la doctrina ha tomado en cuenta dos parámetros. El primer parámetro hace relación a la modalidad de vinculación de los servidores y la relaciona con las funciones que desarrolla cada tipo de servidor. Por el con-

trario, el segundo criterio hace alusión al tipo de entidad al que pertenecen y prestan sus servicios. El segundo criterio es aquel que marcará la diferencia en el caso de las empresas públicas (Dueñas, 2009).

Al respecto los tratadistas se han pronunciado de la siguiente manera:

> Laboralmente, quienes trabajan en las empresas industriales y comerciales del Estado, por ejercitar actividades que cualquiera puede desempeñar o semejantes a las de los particulares, regidos por el derecho de los particulares, el derecho privado o contractual, son por norma general, trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos precisarán que actividades de dirección o confianza deberán ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, como excepción. (Villegas, 2013, P. 99)

Es decir que, simplemente con el fin de asimilar el régimen laboral que prima en las empresas públicas al de las empresas privadas para que las mismas puedan producir rentabilidad social y cumplir con los objetivos de su creación, por regla general los servidores públicos que laboren en las mismas deben vincularse como lo prevea el Código Laboral que sea aplicable en cada Estado. Contrario al resto del sector público, como regla general los servidores que trabajen en estas entidades serán considerados como trabajadores oficiales –modalidad contractual- dejando la forma de vinculación de los empleados públicos –modalidad estatutaria- para aquellos que de forma excepcional sean designados como servidores de libre nombramiento y remoción. Para resumir este régimen aplicable a las empresas de Estado se ejemplifica de la siguiente manera:

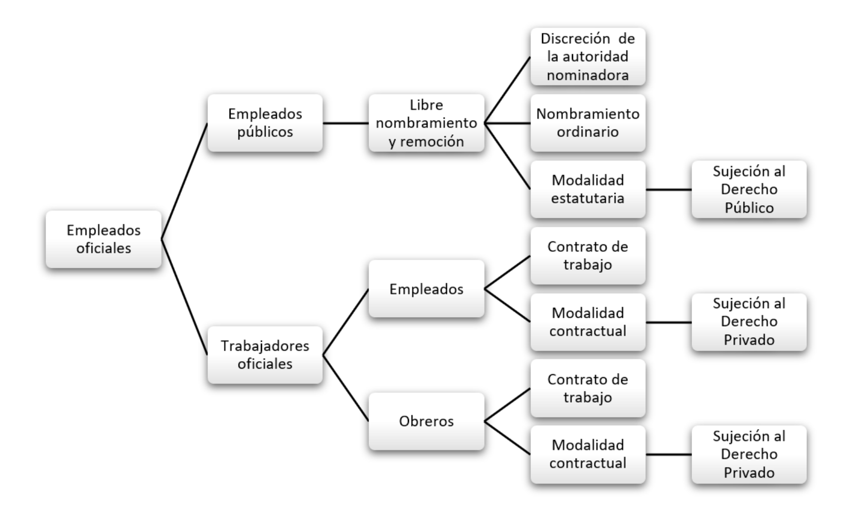


Gráfico No. 2

Clasificación doctrinaria y régimen laboral de los empleados oficiales (servidores públicos) en las empresas industriales o comerciales (empresas públicas) (Villavicencio., 2019, p. 93)

En conclusión, el régimen laboral preponderante en las empresas públicas es el de Derecho Privado, es decir que prima la modalidad contractual y los servidores son denominados trabajadores oficiales pues se vinculan a la administración a través de un contrato de trabajo y, solo excepcionalmente, los empleados públicos pueden vincularse a través de la modalidad estatutaria convirtiéndose en servidores de libre nombramiento y remoción y rigiéndose por el Derecho Público (Younes, 2001).

Este régimen resultaría simple de comprender y aplicar en la normativa respectiva, sin embargo, para el Estado ecuatoriano no ha sido sencillo. Si bien el régimen aplicable para los servidores de libre nombramiento y remoción y para los obreros coincide para todo el sector público, como está previsto en la doctrina, el régimen para los servidores de carrera debería ser tomado en consideración de forma distinta. Estos servidores deberían ser considerados como trabajadores oficiales –em-

pleados- con el fin de que las empresas públicas no compitan en inferioridad de condiciones y que su régimen sea lo más parecido al de las empresas privadas.

2.3 Aproximación a la regulación del talento humano en las empresas públicas ecuatorianas

Las empresas públicas ecuatorianas gozan de una naturaleza sumamente particular, no solamente porque han sido descritas utilizando una denominación diferente a la prevista por la doctrina y por la legislación comparada, sino porque el ordenamiento jurídico ecuatoriano las ha ido dotando de elementos según sus necesidades. Estos elementos han sido escasamente concordantes, lo que implica que el legislador ha creado un régimen poco previsible y ha provocado, en ocasiones, confusión sobre la normativa aplicable. Para esclarecer las incógnitas que han nacido de esta regulación es importante analizar la norma competente para establecer su clasificación y el régimen laboral de sus servidores.

Es trascendental iniciar por conocer lo que la Constitución ecuatoriana ha plasmado acerca de estas entidades para conocer la raíz de la errónea interpretación. La Carta Magna expresa al respecto:

> El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.
>
> Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. (CRE, 2008, art.315)

La Constitución deja bastante claro el objeto de creación de las empresas públicas y, al estar comprendidas en los términos del artículo 225 del mismo cuerpo legal –sector público-, es lógico que la propia administración sea aquella que regule todo lo concerniente a las mismas. En ese sentido, fue promulgada la Ley Orgánica de Empresas Públicas –LOEP- misma que hace eco de la definición antes mencionada y expresa:

> Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. (LOEP, 2009, art.4)

En concordancia con lo mencionado en párrafos anteriores, es comprensible que los servidores que presten sus servicios o laboren en las empresas públicas sean considerados como servidores públicos pues, la propia LOEP ha hecho hincapié en lo antes expresado acerca de la naturaleza de los mismos:

> NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION CON EL TALENTO HUMANO. - Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas (...) (LOEP, 2009, art.18)

Consecuentemente, es necesario entender la regulación aplicable a los mismos pues, como ya quedó establecido, las empresas de Estado, empresas industriales y comerciales o empresas públicas, como las ha denominado el legislador ecuatoriano, están caracterizadas por un régimen laboral especial que les permite cumplir con los objetivos previstos. La Constitución ecuatoriana, como norma suprema ha establecido ciertos lineamientos:

> (...)
>
> Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.
>
> Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.
>
> (...)
>
> (CRE, 2008, art.229)

La Carta Magna ha establecido una guía acerca del régimen aplicable a los servidores públicos y ha reiterado que el resto de la regulación le corresponde a la normativa inferior, misma que lógicamente no puede contradecir los parámetros establecidos. La Ley Orgánica de Servicio Público fue publicada en reemplazo de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, sin lugar a duda, la misma provocó un cambio significativo en la regulación del talento humano; sin embargo, a pesar de haberse promulgado de forma posterior a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, obvió aclarar ciertos temas que lo requerían. Entre sus primeros artículos la LOSEP- ha establecido: "Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública (...)" (LOSEP, 2010, art. 3).

Lo descrito daría a entender que la LOSEP es la norma competente para regular todo lo referente al talento humano dentro del sector público, pero el mismo artículo se ha encargado de hacer una importante especificación sobre las empresas públicas, radicando la competencia para regularlas en otro cuerpo normativo: "En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas." (LOSEP, 2010, art. 3).

La Ley Orgánica de Empresas Públicas –LOEP- ha sido designada como el cuerpo legal adecuado para normar todo lo referente a los servidores públicos que prestan sus servicios, trabajan o realizan cualquier actividad en las empresas públicas. El tema de este estudio, como ya se ha mencionado, radicará en los trabajadores que pertenecen a estas entidades, pues los demás servidores –funcionarios, dignatarios, entre otros- requieren de un análisis particular[5].

La LOEP resume su competencia para el efecto, en las siguientes líneas:

> Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República. (LOEP, 2009, art.1)

Mediante un análisis somero, se entendería que la LOEP se encuentra en concordancia con la normativa y que la misma cumple con el objetivo de regular a estas entidades; sin embargo, el problema radica en el estudio a profundidad de las materias contenidas en la misma. Sin desconocer otras tantas materias reguladas de manera incompleta, la regulación al talento humano realmente ha sido deficiente pues no ha existido coherencia en el régimen impuesto y, al respecto, es necesario determinar si la LOEP cumple con su cometido.

2.4 Clasificación y regulación de los trabajadores en las empresas públicas ecuatorianas

Los servidores públicos que trabajan en las empresas públicas deben dividirse en empleados públicos, que hace re-

5 Los demás servidores, entre ellos los vinculados por contratos de servicios ocasionales al igual que aquellos que poseen contratos de servicios profesionales, no serán parte de este análisis pues su relación con la administración pública requiere de un tratamiento autónomo.

ferencia a aquellos denominados servidores de libre nombramiento y remoción y en trabajadores oficiales, que debería hacer referencia tanto a empleados –servidores públicos de carrera- y obreros. Estos parámetros deberían ser establecidos por la normativa para coincidir con la doctrina y, en especial, para que las empresas públicas puedan cumplir con su objetivo de producir rentabilidad social y no competir en inferioridad de condiciones con el resto de empresas privadas (CCE-EP-175-16-SEP-CC, 2016).

En miras a regular a sus servidores públicos, la LOEP ha establecido ciertos parámetros de clasificación de los trabajadores con la finalidad de poder determinar los rasgos que los diferencian. En ese sentido, entre sus principales artículos ha establecido una clasificación que, en teoría, concuerda con el resto del bloque normativo.

> (...)
>
> La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:
>
> a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción. - Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
>
> b. Servidores Públicos de Carrera. - Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública; y,
>
> c. Obreros. - Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este perso-

> nal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública. (LOEP, 2009, art.18)

El articulo precedente, además de coincidir con la clasificación otorgada por la LOSEP para los trabajadores del sector público, también concuerda con lo expresado por la doctrina. Sin embargo, el mismo hace alusión a la clasificación que ha sido establecida para la generalidad de servidores públicos, olvidando que para aquellos que prestan sus servicios en empresas públicas se requieren de un régimen especial por la naturaleza que identifica a estas entidades. Es por ello, que de este articulo parte en gran medida la confusión conceptual que ha llevado a las interpretaciones ambiguas y erróneas sobre el régimen laboral de estos servidores.

Efectivamente, las características que rigen a los servidores de libre nombramiento y remoción y a los obreros son concordantes para todo el sector público, incluidas las empresas de Estado; no obstante, los servidores de carrera gozan de un régimen distinto. En las empresas públicas, por regla general sus trabajadores deben ser considerados como trabajadores oficiales, por lo cual los servidores de carrera deberían tomar el nombre de empleados con el fin de asemejarlos funcional y gramaticalmente a lo previsto por la norma de Derecho Privado (Marienhoff, 2003).

Ya que la LOEP es la norma que en estricto sentido debería regular todos los aspectos que rigen a las empresas públicas, es necesario analizarla con mayor profundidad para entender el espíritu de la norma y concluir sobre el verdadero régimen laboral imperante. Cabe adelantar que no guarda relación con la doctrina y, en ocasiones, ni si quiera con la normativa jerárquicamente superior por lo que se requiere un análisis minucioso.

En concordancia con el criterio de clasificación según el cual la doctrina divide a los servidores públicos por su modalidad de vinculación, la LOEP ha establecido:

MODALIDADES DE DESIGNACION Y CONTRATACION DEL TALENTO HUMANO.

Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley [6]:

2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y,

3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren. (Ley 0, 2009, art.19)

La confusión continúa y se desarrolla a través de este artículo debido a que la norma ha establecido que, la denominación de servidores de carrera es contraria a lo establecido por la doctrina y también lo es la modalidad de vinculación. Como ya fue mencionado, el régimen de los servidores de libre nombramiento y remoción y de los obreros al ser concordante en

6 Los servidores de libre nombramiento y remoción son de suma importancia para la eficiencia y eficacia de la administración pública pues, de ellos depende en gran parte el correcto desenvolvimiento de los demás servidores, ya que cuentan con la potestad de establecer directrices y velar por la transparencia y ejecución de los objetivos del Estado. Por este motivo, se ha criticado que la LOEP establezca que los mismos no mantienen una relación laboral con la administración por el simple hecho de no pertenecer a la carrera administrativa y no gozar de estabilidad en sus puestos de trabajo (Valencia, 2015).

todo el sector público no acarrea mayores problemas al tratarlos dentro de las empresas públicas; empero, los servidores de carrera –empleados- son aquel grupo que hace la diferencia y que determina el régimen imperante en las mismas.

La LOEP a través del mencionado artículo ha establecido que tanto a los servidores de libre nombramiento y remoción como a los servidores de carrera los rige el Derecho Público en su modalidad de vinculación a la administración pública –modalidad estatutaria-. Obviando que el régimen imperante en las empresas de esta categoría es el de Derecho Privado y solo como excepción la modalidad estatutaria debe ser aplicable.[7]

A pesar de estas discordancias, es necesario analizar con mayor profundidad el régimen de los servidores de carrera, mismos que están regidos por el Derecho Público en su modalidad de vinculación y en su denominación. Hasta este momento, parecería que la legislación ecuatoriana confundió el régimen laboral imperante y que impuso el régimen común del sector público a las empresas públicas. Pese a ello, su articulado tampoco es concordante con esa idea pues en artículos posteriores la LOEP ha establecido que:

> COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. - Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el Art. 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo. (Ley 0, 2009, art.29)

7 El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora. (CRE, 2008, art.228)
En base a este artículo se ha planteado la posibilidad que todos los servidores públicos, independientemente de sus funciones y denominación, sean vinculados a través de un proceso reglado de méritos y oposición y de esa manera salvaguardar los intereses de la administración y el principio de igualdad

Este artículo delata el régimen que ha querido imponer la normativa ecuatoriana al talento humano que presta sus servicios en las empresas públicas pues, busca que en concordancia con la doctrina tanto los servidores públicos de carrera –empleados- como los obreros, sean considerados como trabajadores oficiales y estén al amparo de la normativa de Derecho Privado, en este caso el Código del Trabajo. Es así que ha dotado de un régimen mixto a los servidores de carrera que dista del deber ser y sobre todo crea confusión pues, su modalidad de vinculación es estatutaria –reglada por la norma de Derecho Público- y la regulación de sus funciones y conflictos se da través de la norma que rige al sector privado.

Complementando la explicación que antecede, la Corte Constitucional se pronunció:

> Conforme se observa, lo que ha procurado el constituyente para que efectivamente las empresas públicas no compitan en inferioridad de condiciones con el resto de empresas, es que éstas sean manejadas de diferente manera que la administración general, pues las empresas públicas buscan, entre otros objetivos, ser competitivas y con alta rentabilidad social y rendimiento, siendo una forma de gestión de recursos para lograr la consecución de los objetivos para los que fue creado el Estado, esto es, la realización de los derechos de sus coasociados.
>
> (...)
>
> En definitiva, el legislador, al haber dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, expedida por mandato de la Constitución, que sean las autoridades laborales y los jueces de trabajo los llamados a resolver las controversias que se suscitaren entre las empresas públicas y su personal (servidores públicos y trabajadores), no ha vulnerado el artículo 76 numeral 3 de la Constitución. (CC-SCN-007-11, 2011)

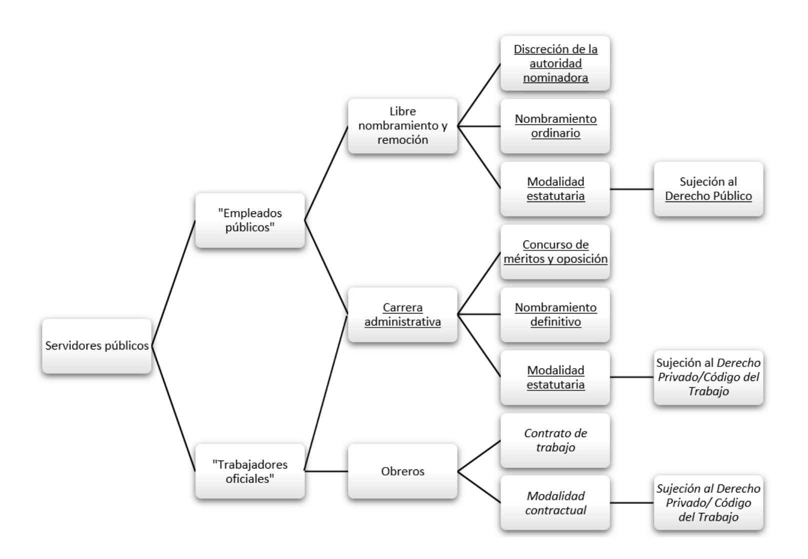
Entre las diversas interpretaciones y conflictos que se han generado a raíz de lo que prevé la LOEP, se ha considerado que este cuerpo legal podría llegar a ser inconstitucional por contravenir el régimen impuesto por la LOSEP. Este criterio se ha amparado en lo que establece la Constitución en el artículo 229 que indica: “Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo” (CRE, 2008, art.229). Adicionalmente, se llegó a considerar que podría estar en contraposición directa con lo expresado por el artículo 326 que contiene:

> 16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo. (CRE, 2008)

Por consiguiente, cabe esclarecer aquella duda con el criterio emitido por la Cote Constitucional, el cual es bastante escueto, pero para el efecto es conveniente:

> (...) no existe la aparente antinomia entre la Ley Orgánica de Empresa Pública y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última, en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 literal k ha reconocido el régimen propio y especial del personal de empresas públicas. (CC-SCN-007-11, 2011)

Para una mejor comprensión sobre el régimen laboral aplicable a los servidores que laboran en las empresas públicas y respecto al juez competente para resolver los conflictos que se susciten con los mismos a continuación, grafico ilustrativo:



Clasificación normativa y régimen laboral de los servidores públicos que pertenecen a las empresas públicas ecuatorianas (Villavicencio, 2019, p. 98)

Una vez aclarado el hecho que el régimen laboral impuesto en las empresas públicas, a través de la LOEP, ha sido aceptado por la Corte Constitucional, es menester resumir lo que ha previsto el ordenamiento jurídico ecuatoriano –en contradicción con la doctrina-. Si bien se ha establecido que los servidores de libre nombramiento y remoción se vinculan a través de una modalidad estatutaria -nombramiento- y los rige la norma de Derecho Público –LOSEP y LOEP- mientras que los obreros se vinculan a través de una modalidad contractual –contrato de trabajo- y los rige la norma de Derecho Privado –Código del Trabajo-; se ha determinado que a los servidores de carrera los ampara un régimen laboral mixto. Mediante este régimen se establece que a su modalidad de vinculación –estatutaria- y a su denominación los regula la norma de Derecho Público, mientras que la regulación de sus funciones se da en concordancia con el Derecho Privado.

Con la estricta finalidad de corroborar que el régimen imperante en las empresas públicas ha sido el de Derecho Privado y que lo previsto por la LOEP ha sido producto de una confusión conceptual, es necesario traer a colación el anterior texto constitucional. A pesar de que en aquel tiempo las empresas públicas no tenían la connotación que hoy en día poseen, la Carta Constitucional vigente en 1979 ya establecía un régimen laboral concordante con la doctrina y al respecto estableció:

> Art. 125.- Para la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo del Estado se considerarán como entidades del sector público, las siguientes:
>
> a) los diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado;
>
> b) las entidades, que integran la administración provincial o cantonal, dentro del régimen seccional;
>
> c) las personas jurídicas creada por ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o, para actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
>
> (...)

Las relaciones entre los organismos comprendidos en las letras a) y b) o de instituciones creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal y sus servidores, se sujetan a las leyes que regulan la administración Pública, salvo a las que se refieren al sector laboral determinadas en el Código del Trabajo. Las personas jurídicas creadas por ley o por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos o las creadas para actividades económicas asumidas por el Estado, norman las relaciones con sus servidores de acuerdo con el Código del Trabajo, a excepción de las personas que ejerzan funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o similares, las cuales están sujetas a las leyes que regulan la administración pública. (CPE, 1979)

Para concluir con el análisis de la normativa aplicable a la regulación del talento humano en las empresas públicas es menester aclarar lo que ha expresado la LOEP en su artículo 17, mismo que ratifica la competencia de la misma para normar todo lo concerniente a los servidores públicos y también recalca los cuerpos normativos de aplicación concurrente que son la LOSEP y el Código del Trabajo.

> NOMBRAMIENTO, CONTRATACION Y OPTIMIZACION DEL TALENTO HUMANO. - La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. Para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio.
>
> El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas. (LOEP, 2009, art.17)

La LOEP hace referencia a las diferentes normas analizadas con antelación, pero en esta ocasión también incluye a las resoluciones del Directorio y, al respecto, es importante aclarar una interrogante que ha causado mayor confusión y que, a pesar de ya haber sido absuelta, sigue generando aplicaciones contrapuestas. En varios criterios se ha considerado que el Directorio puede imponer el régimen que rija dentro de las empresas públicas sin tomar en consideración lo que dicta la normativa ya establecida, lo cual por simple deducción resulta ilegal e ilegitimo y en se sentido se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado:

> 1.- La gestión del talento humano de la empresa pública se rige por la normativa que para atender los requerimientos empresariales específicos expida el Directorio de la entidad, en aplicación del inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública y que en consecuencia, está sujeta al control posterior del Ministerio de Relaciones Laborales conforme al inciso final del citado artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. (OF. PGE. 11163; 2012)

En conclusión, es necesario entender que el estatuto o reglamento interno de cada empresa expedido por el Directorio de la misma, tiene la potestad de desarrollar la normativa vigente pero no pude contradecirla. Ha existido confusión respecto del estatuto orgánico, como es conocido en la doctrina la ley especial que rige a las entidades del sector público y que en este caso se trata de la LOSEP o la LOEP, según la entidad regulada. A estos cuerpos legales les correspondería determinar "exceptivamente cuales actividades de dirección y confianza en las empresas industriales comerciales del Estado deben ser desarrolladas por personas que tenga la calidad de empleados público, pues legalmente, por norma general son trabajadores oficiales" (Younes, 2001, p. 99).

En conclusión, la LOEP, como estatuto orgánico, debería regular todo lo referente a los servidores que laboran en las empresas públicas ecuatorianas. Sin embargo, la misma cuenta con un número escaso de artículos dedicados a la regulación del talento humano, entre los cuales ha establecido un régimen poco adecuado. La LOEP se ha limitado a designar a varios cuerpos legales la potestad de normar a los trabajadores según la clasificación mixta que les ha otorgado. En otras palabras, en primer lugar, ha dotado de un régimen discordante a sus servidores y, en segundo lugar, no los ha normado a cabalidad. Obviamente esa deficiencia no puede ser solventada por el Directorio, mismo que no puede suplir esa deficiencia de la LOEP y solo puede limitarse a expedir normativa que desarrolle lo establecido por la LOSEP, LOEP y el Código del Trabajo.

Concretamente la falta de claridad en la normativa ha acarreado no solo interpretaciones arbitrarias entre los administradores de justicia y autoridades administrativas, sino que ha incurrido en violaciones concomitantes de derechos constitucionales. Un ejemplo claro ha sido el ejercicio de la acción de despido ineficaz, misma que ha sido prevista por el Código del Trabajo para efectivizar la garantía de despido ineficaz. Los trabajadores amparados por este cuerpo normativo han podido ejercer esta acción a través de un procedimiento sumarísimo y reclamar sus derechos vulnerados.

Mientras que, por el contrario, al encontrarse prevista por la LOSEP la generalidad de servidores de carrera y de libre nombramiento y remoción no han podido ejercerla directamente y han tenido que reclamar sus derechos a través de una acción constitucional o ejercer una acción ante las autoridades contencioso administrativas. Debido a ello, la situación concreta de los servidores de carrera que prestan sus servicios en las empresas publicas ecuatorianas se ha caracterizado por la incertidumbre pues, coexisten sentencias de jueces laborales que han establecido ser competentes para conocer las acciones de despido ineficaz que han ejercido estos servidores mientras que otros han establecido que la competencia les pertenece a los tribunales contencioso administrativos y que dicha acción no puede ser ejercida por este tipo de trabajadores debido a la entidad a la que pertenecen.

En fin, esta problemática ha tenido que ser absuelta vagamente por la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, una solución real implica que la LOEP sea el cuerpo normativo que contenga todos los lineamientos sobre los servidores públicos que laboren en las empresas públicas, regulando a los servidores de carrera y a los obreros según lo que ha previsto el Código del Trabajo y a los servidores de libre nombramiento y remoción según lo previsto en la LOSEP.

Posiblemente, el legislador aspiró a la expedición de un reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas que regule estos aspectos. No obstante, 10 años después dicho anhelo no se ha visto plasmado y por ello, es necesario tener en claro

la regulación aplicable a través del análisis de la normativa vigente y relacionarla con los preceptos doctrinarios que ayudan a esclarecer, en este caso, el deber ser de la normativa. Es de suma importancia determinar con claridad el régimen aplicable a cada tipo de servidor y como tal el cuerpo legal que los ampara, no solo por seguridad jurídica sino por garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

CONCLUSIONES

Este artículo ha cumplido con el objetivo de esclarecer el régimen laboral aplicable a los trabajadores que prestan sus servicios en las empresas públicas ecuatorianas. Al respecto se han generado las siguientes conclusiones:

La Constitución ecuatoriana ha establecido expresamente que los obreros que pertenezcan al sector público estarán regidos por el Código del Trabajo; no obstante, ha establecido que la norma infra constitucional debe regular al talento humano en el resto de su clasificación y características. La LOSEP ha hecho referencia expresa a la competencia de la LOEP para regular a los servidores públicos que pertenecen a las empresas públicas ecuatorianas; en ese sentido, la LOEP a la vez ha indicado que existen cuerpos legales de aplicación concurrente en la regulación del talento humano, entre ellos, la LOSEP, el Código del Trabajo y las resoluciones emitidas por el Directorio de cada empresa, los cuales no deben contradecirse. Concordancias: LOEP art.29; CRE. arts. 229 y 326 y LOSEP arts. 3, 56, 57 y 83.

Los servidores públicos que trabajan en las empresas públicas ecuatorianas poseen un régimen laboral distinto al previsto para el resto del sector público. Si bien el régimen aplicable a los servidores de libre nombramiento y remoción, vinculados a través de una modalidad estatutaria y regidos por el Derecho Público y el régimen de los obreros, vinculados a través de una modalidad contractual y regidos por el Derecho Privado, concuerda; el resto de servidores deben estar regulados por norma general por el Derecho Privado para cumplir con los objetivos del Estado como empresario. Concordancias: CRE art. 225 y 315; LOEP arts. 4 y 5.

La legislación ecuatoriana ha otorgado a las empresas públicas un régimen laboral que dista del recomendado por la doctrina pues, ha determinado que los servidores de carrera sean vinculados a través de una modalidad estatutaria – concurso de méritos y oposición / nombramiento– que está regulada por el Derecho Público, mientras que sus relaciones con la administración sean reguladas por el Derecho Privado -Código del Trabajo-. Consecuentemente, se ha establecido un régimen laboral mixto en el que confluyen el régimen de Derecho Privado y Público en una misma clase de servidores, regulación que ha credo confusión, pese a que dicho régimen ya ha sido declarado como constitucional. Concordancias: LOEP arts. 17, 19 y 29

Debido a que el Derecho Privado impera en las relaciones de los servidores de carrera y obreros con las empresas públicas, el juez del trabajo es el competente para resolver los conflictos que devengan de dicha relación laboral, mientras que el juez contencioso administrativo –residual- es competente para resolver los conflictos que se presenten con los servidores de libre nombramiento y remoción. Dicha competencia ha sido ratificada por la Corte Constitucional. Concordancias: LOEP art. 32 y CRE art. 76.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Vol. VIII). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Cassagne, J. (1998). *Derecho administrativo* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (Novena ed.). Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura.

Dueñas Quevedo, C. C. (2009). *Derecho Administrativo Laboral.* Bogotà: Ibañez.

Gonzalèz, F. (2017). *Las Empresas Públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral.* Cuenca: (Tesis de grado). Universidad de Cuenca. Recuperado de http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27275/1/Libro%20Empresas%20Públicas.pdf

Krotoschin, E. (1977). *Tratado práctico del derecho del trabajo* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Desalma.

Marienhoff, M. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (Cuarta ed.). Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Mata, I. (2009). *Ensayos de* Derecho *Administrativo.* Buenos Aires: Ediciones RAP.

Sector público, con nuevas reglas para contratación de trabajadores. (08 de diciembre de 2015). El Universo. Recuperado de https://www.eluniverso.com/noticias/2015/12/08/nota/5286669/sector-publico-nuevas-reglas-contratacion-trabajadores

Trujillo, J. C. (2008). *Derecho del Trabajo* (Vol. I). Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones PUCE.

Valencia, L. (2015). *La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores* . Quito: (Tesis de maestrìa). UASB.

Villegas Arbelàez, J. (2013). *Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales.* Bogotà: Legis.

Villavicencio, L. (2019). Fundamento y Exigibilidad de la Garantía de Despido Ineficaz de las Trabajadoras en Estado de Gestación y Período de Lactancia en las Empresas Públicas Ecuatorianas (Tesis de pregrado). PUCE, Quito-Ecuador

Younes Moreno, D. (2001). *Derecho Administrativo Laboral* (Novena ed.). Bogotà: TEMIS.

REFERENCIAS NORMATIVAS (LEYES, DECRETOS, RESOLUCIONES, SENTENCIAS)

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Empresas Publicas. [Ley 0 de 2009]. (16 de octubre de 2009). RO. 48 de 16 de octubre de 2009.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Servicio Público. [Ley 0 de 2010]. (06 de octubre de 2010). RO. 294 de 06 de octubre de 2010.

Congreso Nacional del Ecuador. Código del Trabajo. [Codificación 17 de 2005]. (16 de diciembre de 2005). RO. 167 de 16 de diciembre de 2005.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). [Reformada] Recuperado de http://www.mdconsult.internacional.edu.ec:2052/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR

Constitución Política del Ecuador [Const.]. (1979). [Derogada] Recuperado de http://www.mdconsult.internacional.edu.ec:2052/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1979

Corte Constitucional del Ecuador. (01 de agosto de 2018) Sentencia N.° 018-18-SIN-CC [MP Alfredo Ruíz].

Corte Constitucional del Ecuador. (19 de octubre de 2016) Sentencia N.° 175-16-SEP-CC [MP Ruth Seni].

Corte Constitucional del Ecuador. (31 de mayo de 2011) Sentencia N.° 007-11-SCN-CC [MP Patricio Herrera].

Presidencia de la República del Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. [Decreto 710 de 2011]. (01 de abril de 2011). RO. 418 de 01 de abril de 2011.

Procuraduría General del Estado. Extracto de consulta Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, EMAM EP. [Oficio 11163 de 2012]. (20 de diciembre de 2012).

SENRES. Remuneración de Funcionarios de Nivel Superior del Sector Público. [Resolución 81 de 2004]. (09 de julio de 2004). RO. 374 de 09 de julio de 2004.

Recibido: 16/04/2020
Aprobado: 12/06/2020
Lizzeth Karina Villavicencio Logroño: Investigadora jurídica independiente
Correo electrónico: lizzethvillavicenciol@gmail.com
Ciudad: Quito
País: Ecuador

DOI: 10.26807/rfj.v7i7.235

La Propiedad Intelectual y desarrollo: Problemas para la capitalización de activos intangibles

Intellectual Property and development: Problems for the capitalization of intangible assets

René Antonio Gálvez Delgado
Investigador jurídico independiente
Ciudad: Quito
País: Ecuador

Artículo Original (Nota de investigación)
RFJ, No. 7, 2020, pp. 406-424, ISSN 2588-0837

RESUMEN: En el presente artículo se abordan cuestiones referentes a la gestión de la Propiedad Intelectual desde la legislación y la importancia que este campo de la ciencia jurídica tiene en la esfera del desarrollo social contemporáneo, además se abordan temáticas referentes a la necesidad de implementar mecanismos para optimizar la capitalización de activos intangibles de Propiedad Intelectual y permitir el pleno goce de sus frutos por su titular. En las siguientes líneas se mencionarán algunos aspectos importantes a ser considerados para que la gestión de derechos de Propiedad Intelectual en el Ecuador sea eficiente, con bajos costos de transacción y que refleje las necesidades de la cuarta revolución industrial y el mercado global de la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, desarrollo económico, eficiencia, economía, regulación.

ABSTRACT: This research article addresses issues related to the management of Intellectual Property from the legislation and the importance that this field of legal studies has in the sphere of contemporary social development, as well as topics related to the need to implement mechanisms to optimize the capitalization of intangible assets of Intellectual Property and allow the full enjoyment of its benefits by its owners. Then, the

following lines will mention some crucial aspects that positively impact the management of Intellectual Property rights in Ecuador. It means improving efficiency, lowering transactional costs, and reflecting the needs of the fourth industrial revolution and the current global market.

KEYWORDS: Intellectual property, economic development, efficiency, economy, regulation.

INTRODUCCIÓN

A través de la historia el ser humano ha ocupado su intelecto para encontrar mecanismos capaces de superar las dificultades que se presentan en el camino del desarrollo y precisamente el producto de aquella búsqueda es lo que hoy conocemos como tecnología que se constituye en un conjunto de creaciones y conocimientos elaborados y perfeccionados a lo largo del tiempo y que están destinados a resolver problemas de la vida cotidiana.

De esta manera, la Propiedad Intelectual aparece como un campo de la ciencia jurídica destinado a proteger a las personas que han plasmado su capacidad inventiva e ingenio en algún mecanismo capaz de mejorar la vida de quienes integran la sociedad, sin embargo, una segunda dimensión de la propiedad intelectual, como ente creador de riqueza, ha sido ignorada de forma generalizada.

En este ensayo se procederá a analizar esta segunda dimensión, su importancia y algunos de los principales problemas de la legislación ecuatoriana, tanto generales como específicos, que impiden capitalizar los beneficios de la propiedad intelectual y generar desarrollo.

1. EL ROL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL DESARROLLO HUMANO.

Sin lugar a dudas el ser humano ha aprovechado su gran intelecto para convertirse en la especie dominante del planeta y esto ha puesto a su disposición un sinnúmero de posibilidades y recursos para trascender sus límites, ha cumplido metas que

se veían como insuperables hace tan solo unos pocos años a consecuencia de sus diversas limitaciones físicas.

El homo sapiens ha logrado llegar al espacio y caminar sobre el satélite natural de su planeta, ha conseguido cartografiar las profundidades del océano a precisión y en la actualidad incluso mantiene bajo control varias patologías potencialmente mortales por lo que su expectativa de vida ha aumentado considerablemente.

Estos logros no han sido gratuitos, cada uno de ellos ha demandado la inversión de tiempo y recursos en proporciones descomunales por parte de personas comunes y corrientes que únicamente concibieron una idea y tuvieron la convicción que esta contaba con la posibilidad de transformar la realidad de la sociedad para siempre.

De esta forma, en algún punto de la historia nace la Propiedad Intelectual como una respuesta a la necesidad de proteger y reconocer a aquellas personas que han sufrido sacrificios para mejorar nuestras condiciones como especie (Robayo, 2017, p. 63).

A partir de la propiedad intelectual se derivan los bienes inmateriales que tienen su origen en investigaciones, invenciones y creaciones resultantes de la actividad intelectual y dichos bienes encuentran protección en esta clase especial de propiedad que concede un beneficio real o potencia a su titular (Londoño & Restrepo, 2013, p. 27).

En tal sentido, se puede afirmar que la propiedad intelectual es una especie de aliciente que se otorga a aquellas personas que han dedicado tiempo y recursos en solucionar problemas con los que la sociedad tiene debe lidiar y quienes son reconocidos con ella tienen la facultad de explotar de forma exclusiva sus creaciones con el objetivo de obtener algún beneficio económico (Rozanski, 2003, p. 106).

La Propiedad Intelectual, en su dimensión de incentivo para el creador, es una herramienta con la que el tiene la posibilidad de obtener beneficios económicos para sí al mismo tiempo que aporta al desarrollo social, dicho en otras palabras,

el titular capitaliza el producto de su intelecto lo que constituye una motivación para que continúe invirtiendo su capacidad intelectual en encontrar soluciones prácticas a problemas cotidianos.

Como se expone en la afirmación anterior, en un escenario ideal la Propiedad Intelectual constituye un incentivo para los creadores y para ello resulta de vital importancia que la regulación sea consecuente con el objetivo de permitir a sus titulares obtener una recompensa por su inversión de tiempo y recursos.

En la actualidad es posible identificar que en ciertas naciones, principalmente en países con una cultura jurídica avanzada, la Propiedad Intelectual funciona de forma correcta al generar los incentivos necesarios para que sus titulares exploten económicamente sus activos intangibles mediante la incursión en negocios que eventualmente pueden traducirse en empresas que generen recursos y plazas de empleo aportando así al desarrollo social.

Es destacable el caso de Estados Unidos y la gran mayoría de países europeos donde el sistema ha permitido que una parte importante de la economía nacional gire en torno a los activos intangibles de propiedad intelectual los cuales constituyen una importante fracción de su Producto Interno Bruto e incluso son uno de sus principales objetos de exportación.

Hoy en día la Propiedad Intelectual está ganando cada vez más terreno en las principales economías del mundo y la globalización ha aumentado el protagonismo de los activos intangibles de Propiedad Intelectual a un ritmo nunca antes visto gracias al intercambio de masivas cantidades de información en fracciones de segundo. La cuarta revolución industrial ha traído consigo un mundo globalizado donde se han potenciado los procesos de transferencia de tecnología y esto hace previsible que en un futuro cercano la importancia de la Propiedad Intelectual será aún mayor.

La enorme importancia de los activos intangibles de Propiedad Intelectual ya se puede dimensionar, según informe Global Intangible Finance Tracker 2018 actualmente los activos intangibles ocupan un 52%, del valor total de las empresas alrededor del mundo y la tendencia es que cada vez este porcentaje continúe en aumento (Diario El País, 2018).

En ese sentido, durante las últimas décadas las economías más grandes del mundo han tenido especial preocupación en buscar mecanismos que garanticen la protección de sus conocimientos tecnológicos y sus innovaciones, no solamente dentro sino también afuera de sus fronteras en donde, por variaciones en el régimen de gestión de Propiedad Intelectual pueden peligrar sus activos intangibles.

Uno de los instrumentos para proteger la capitalización de la Propiedad Intelectual a nivel internacional es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Este tratado tiene un papel fundamental ya que establece parámetros mínimos de protección de activos intangibles entre los Estados miembros y proporciona una serie de herramientas encaminadas a guiar la gestión de los derechos de Propiedad Intelectual en su ámbito comercial internacional.

La importancia de los ADPIC resulta manifiesta desde el ámbito del de Derecho Internacional en donde se puede calificar a este acuerdo como una norma “hardlaw”, esto significa que es de cumplimiento obligatorio y dicha fuerza vinculante tiene su origen en la presión ejercida por parte de las economías más desarrolladas a miras de proteger sus activos intangibles en otros territorios, por ejemplo, la firma de este acuerdo constituye uno de los requisitos para formar parte de la Organización Mundial de Comercio (Mutter, 2006, p. 92).

Este acuerdo constituye una viva muestra de lo que significa la Propiedad Intelectual en nuestros días para las principales economías del mundo y evidencia la relevancia de la que gozarán los activos intangibles en un futuro cercano.

Aquellos Estados que hoy poseen las primeras economías del planeta en el pasado no tenían un modelo muy distinto al que tienen hoy los países en vías de desarrollo ya que poseían una economía basada fundamentalmente en la producción y exportación de materias primas e incluso buscaban colonizar otros territorios en busca de mayores recursos naturales que les permitan seguir con su modo de vida, sin embargo, después de la segunda guerra mundial y con la llegada del nuevo milenio su perspectiva ha cambiado por completo y le han otorgado un peso mayor al valor del conocimiento como instrumento generador de riqueza y como la base de una economía industrializada.

En tal virtud, no es coincidencia que las principales economías del mundo implementen un sistema fuerte de Propiedad Intelectual que idealizado para proteger la gran cantidad de conocimiento e innovación que manejan y que ha contribuido a su desarrollo y posicionamiento como potencias a nivel internacional como es el caso de Japón o Alemania, países en donde tan salo hace 70 años panorama no era muy distinto al que se vive hoy en día en América Latina.

El caso de los Estados Unidos es interesante ya que refleja la capitalización de activos intangibles en su máxima expresión, el cine estadounidense en sus inicios no era superior al cine mexicano, sin embargo, a través de las décadas se fue consolidando como una de las industrias con más prestigio e ingresos en el mundo entero y este éxito es consecuencia de una política de capitalización de activos intangibles muy fuerte que se puede considerar pionera en la incursión en una cultura de consumo digital antes que una cultura de consumo material (Míguez, 2018, p. 47).

Es evidente que en algún punto de la historia quienes hoy gozan del título de países desarrollados supieron aprovechar en su momento los beneficios de comercializar ciertos bienes o servicios que generen entretenimiento, recreación o tengan la capacidad de resolver algún problema o incomodidad de forma creativa.

Sin duda alguna, el futuro de la economía mundial se encontrará fuertemente ligado a los activos de Propiedad Inte-

lectual como resultado de la revolución tecnológica que el mundo está experimentando, por ello, es necesario replantear varios conceptos que antes se consideraban inmutables para alcanzar a comprender el valor que puede tener hoy en día una marca, un diseño industrial o una patente o cualquier otro derecho derivado de la Propiedad Intelectual.

2. PRINCIPALES PROBLEMAS DEL MARCO REGULATORIO PARA GENERAR CAPITAL Y GOZAR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

La dimensión de la propiedad intelectual como una herramienta capaz de producir riqueza y mejorar las condiciones de vida de una sociedad se puede ver afectada por una serie de inconvenientes que suelen ser comunes a toda nación que está en vías de desarrollo, estos problemas tienen sus raíces principalmente en las características de sus economías y de sus ordenamientos jurídicos tal y como se podrá apreciar en las siguientes líneas.

La ineficiencia de la regulación en materia de activos de Propiedad Intelectual constituye un tema al cual no se ha dedicado suficiente atención en países como el Ecuador que aún conservan una economía basada en la exportación de materias primas y con un desarrollo jurídico muy básico en estos temas con relación a otras naciones.

Este dilema, que suele ser común a los ciudadanos de América Latina se genera como consecuencia de las ineficientes prácticas jurídicas y económicas adoptadas por los países de la región los cuales han aislado a gran parte de la población a un plano en el que no pueden generar capital en sus negocios jurídicos de forma eficiente y por ende se encuentran en cierta forma fuera de los beneficios del capitalismo.

La relación de la problemática anterior con la Propiedad Intelectual es estrecha ya que a consecuencia de estos problemas las personas de a pie no encuentran los mecanismos para capitalizar el producto de su intelecto y esto se traduce en el hecho que en países de América Latina la Propiedad Intelectual no cumple con su rol de incentivo a los titulares para que conti-

núen con su labor creativa y aporten al desarrollo.

La calidad de la legislación, pese a ser un elemento no determinante, resulta muy importante para conseguir la consolidación saludable de cualquier negocio de tal suerte que se pueda realizar en términos claros y que ante cualquier eventualidad adversa se pueda llevar el caso ante los tribunales correspondientes en pro de obtener justicia. La legislación no es perfecta, sin embargo, como parámetro mínimo esta debe contar con las condiciones de resolver problemas comunes en el tráfico jurídico.

A fin de solucionar estas deficiencias en la legislación se puede acudir a la doctrina del Análisis Económico del Derecho bajo la cual a estos problemas que genera la legislación en el tráfico jurídico se los define como como "costos de transacción" que se pueden entender como costos que se deben realizar para poder utilizar el mercado (Arias & Caballero, 2003, p. 118).

Sin bien los costos de transacción son inevitables y estarán presentes en cada negocio jurídico, es posible reducirlos hasta un punto en el cual no representen un problema significativo para las partes y no entorpezcan el mercado.

A fin de reducir los costos de transacción presentes en el ámbito legislativo, el Análisis Económico del Derecho sugiere recurrir a una evaluación de los efectos de la norma en el sujeto a regular, dicho análisis debe involucrar un control ex ante y ex post a la aplicación de la norma en cuestión (Plata, 2007).

Para aplicar este enfoque de mejora regulatoria del Análisis Económico del Derecho resulta necesario despojarse del sesgo generalizado que suelen tener los abogados quienes tienden a pensar que la ley por si sola es eficiente, como si estuviera dotada de un efecto "Mágico" per sé.

Esta errada pre concepción genera que no se tenga una visión amplia de las consecuencias de la legislación, aumentando los costos de transacción incluso en la esfera de las relaciones contractuales en donde se pueden generar serias dificultades para concretar negocios y, por su puesto, capitalizar sus activos de Propiedad Intelectual.

Desde la visión clásica la ley es creada con la convicción de que, el legislador que al seguir el procedimiento formal y los requisitos de validez genera una condición suficiente para garantizar la eficiencia, lo cierto es que esta concepción ignora varios elementos que solo pueden ser apreciados desde una visión económica tales como el impacto que la normativa tendrá en la práctica, sus consecuencias reales en la esfera social y la predisposición al cumplimiento por parte del sujeto pasivo quien actúa en base a incentivos.

En el caso particular del sistema jurídico ecuatoriano se puede afirmar que el legislador en efecto tiene esta concepción errada descrita en el párrafo anterior y esto lo lleva a confundir eficiencia normativa con formalidad en la creación de la norma, evidentemente esto aumenta los costos de transacción y se debilita el sistema jurídico que se hace menos atractivo ante el mercado global al presentar síntomas de la falta de seguridad jurídica tales como normas poco claras, ambiguas, redundantes, que frecuentemente confunden instituciones legales y que por ello no permiten conocer las consecuencias futuras de los actos y contratos que se realizan.

Una de las causas elevados costos de transacción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que la teoría económica ha logrado identificar es la falta de concordancia que existe entre las reglas de juegos formales e informales, esto significa que existe desconexión de la ley y la realidad que intenta regular.

"Dentro de la teoría económica de la regulación las reglas de juego informales son productos idiosincráticos básicamente complejos y evolutivos que poseen una esencia dependiendo de factores culturales y sociales" (Súmar, 2018, p.33). Precisamente esto se refiere al funcionamiento tradicional de una sociedad y sirve como parámetro en la elaboración de legislación el cual ayudará a evaluar la legitimidad de una regla de juego formal que consiste simplemente en la norma meramente prescriptiva.

Estas leyes meramente prescriptivas pueden resultar especialmente perjudiciales al tráfico jurídico si no consideran la manera en la que funciona la sociedad en la práctica (reglas

de juego informales) y la consecuencia directa de aquello es que la regla formal no gozará de la legitimidad necesaria debido a que entre los sujetos receptores no se generará una sensación de "justicia" o "razonabilidad".

Cuando las reglas formales son percibidas como ilegítimas aumenta considerablemente el riesgo de incumplimiento por parte de la población, para hacer un símil se puede decir que la norma al estar desprovista de una "base firme" sobre la cual pueda asentarse se ve desobedecida, no por el hecho exclusivo de la voluntad del receptor de ignorarla, sino por la imposibilidad de la norma de encajar en el plano fáctico.

Por lo expuesto anteriormente se puede afirmar que la norma requiere ser concordante a la realidad y tener la capacidad de adaptarse a ella, esto se conoce como elasticidad institucional que según Sumar (2018) tiene como característica la facilidad de la institución formal en ser suplantada por una institución informal y viceversa.

Inclusive, desde la teoría tradicional del derecho se conoce que la norma no puede estar en discordancia con la realidad, es preciso en este punto recordar la teoría de la tridimensionalidad del Derecho que ve a la ciencia jurídica como una convergencia de tres dimensiones: Hecho, valor y norma las mismas que se encuentran profundamente interrelacionadas en una codependencia casi vital y, en consecuencia, si falta alguno de estos elementos el derecho simplemente no existe. (Cano-Nava, 2011, p. 211).

La legislación de Propiedad Intelectual ecuatoriana ha recibido críticas desde distintos sectores por presentar varios de los problemas descritos, sin embargo, es importante resaltar que el ordenamiento jurídico funciona como un todo y para encontrar los motivos que impiden capitalizar los beneficios de la Propiedad Intelectual resulta preciso indicar las problemáticas globales del mismo, aquellas que hacen que en Ecuador los negocios sean muy costosos y se tornen lentos y difíciles de concluir a consecuencia de la ineficiencia del marco normativo, esto nos lleva a otro problema relacionado con lo abordado en líneas anteriores: La sobrerregulación.

La sobrerregulación es otro de los grandes problemas de nuestra legislación y es responsable de aumentar costos de transacción en las relaciones contractuales, así como en un eventual litigio judicial; en materia de activos de Propiedad Intelectual este problema resulta especialmente preocupante ya que en un mundo globalizado en donde dichos activos tienen un protagonismo cada vez mayor se requiere es celeridad en los negocios y agilidad en la solución de controversias.

Hoy en día, es impensable que en ciertos Estados como el Ecuador sea tan complido registrar una marca u obtener una patente de invención, La burocracia y la ineficiente regulación hacen que realizar estos trámites sea un proceso lento y tortuoso y con costos excesivamente altos.

La sobrerregulación es un concepto utilizado para definir la problemática que surge a partir de la existencia de leyes excesivas que tornan complejo al marco jurídico (Súmar, 2018, p. 75).

Quizá por influencia de su tradición jurídica romana en los países de América Latina es muy común expedir una ley para todo, sin embargo, si bien hay ámbitos de la vida social que merecen la protección y tutela de la ley es necesario realizar una delimitación de aquellos aspectos que deben ser regulados y separarlos de aquellos que no requieren la intervención de la legislación.

Es necesario que la ley no intervenga en puntos donde resulta innecesaria y no hace más que entorpecer procesos que se producen de forma natural en la práctica y específicamente en el mercado; es común observar que en los ordenamientos jurídicos de las economías menos desarrolladas incluso se regulan practicas consuetudinarias como la costumbre mercantil la cual se produce por naturaleza, al ocurrir aquello se aumenta los costos de transacción ya que se desnaturaliza su sentido y alcance e impidiendo incluso su relación con otros sistemas costumbristas como el Common Law.

La costumbre es un sistema que subsiste por sí mismo, se deriva de la interacción humana y da lineamientos éticos y prácticos a las relaciones jurídicas por lo que evidentemente no

requiere de regulación por parte de normativa alguna que, como máximo, se puede limitar a reconocerla. (Beade, 2016, p.156).

La sobrerregulación también puede dar paso a problemas mucho más graves como la corrupción ya que el Estado pierde capacidad de acción y hace que sus propias instituciones legitimen este tipo de prácticas anti éticas ya que en un escenario regulatorio donde prima la ambigüedad y vaguedad de la norma y las múltiples interpretaciones se hacen comunes, incluso entre quienes ostentan el poder ponen en duda la autoridad de la ley y, por ello, el mismo Estado de Derecho.

Por este motivo, en materia de gestión de la Propiedad Intelectual se hace necesaria la existencia de normas claras y simplificadas que permitan que la administración de los derechos intelectuales sea eficiente, con trámites simplificados y a costos mínimos.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano junto a sus elevados costos de transacción en las relaciones jurídico – económicas de los ciudadanos desincentiva la consecución de negocios bajo un escenario formal y esto conlleva a un aumento de la informalidad al ser un campo de acción más cercano a las reglas de juego naturales de la sociedad y por ende más accesible y hasta útil para quien intenta entrar desde cero al mercado con un producto o servicio basado en un activo de Propiedad Intelectual.

La variabilidad de la regulación se suma como otro factor que se traduce en inseguridad jurídica, este es un problema que trae severas dificultades para que el país sea atractivo para empresas extranjeras que deseen explotar sus activos intangibles en el país y esto perjudica seriamente al proceso de transferencia de tecnología.

Por último, es importante mencionar que las políticas públicas en materia no suelen ser las más adecuadas y resultan perniciosas en muchas ocasiones; las decisiones gubernamentales y sus repercusiones en el goce de los derechos de propiedad intelectual deben ser analizados de forma integral para evitar

problemas tales como el abuso de licencias obligatorias, una práctica que evidentemente no genera incentivos para explotar activos de Propiedad Intelectual en el país.

La creación de políticas públicas y legislación es una tarea dificultosa ya que se requiere un equipo de trabajo multidisciplinario capaz de no incurrir en algún sesgo sin regresar la vista a los hechos y realidades que se producen en la sociedad (Franco, 2012, p. 3).

3. OTROS PROBLEMAS DEL ÁMBITO ECUATORIANO QUE LIMITAN LA GENERACIÓN DE RIQUEZA EN BASE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SUS POTENCIALES SOLUCIONES.

En este acápite se procederá a abordar algunas cuestiones adicionales que impiden obtener provecho de los activos intangible de Propiedad Intelectual de forma eficiente y se plantearán algunos mecanismos como posibles soluciones a esta problemática.

En primer lugar, resulta pertinente resaltar ciertos problemas de la legislación mercantil que se constituye en sí misma como el régimen encargado de garantizar el flujo de capitales y el normal desenvolvimiento del comercio en el Ecuador.

Es importante mencionar la reciente expedición del nuevo Código de Comercio en mayo el 2019 que promete ser una ley capaz de actualizar la materia mercantil y las antiguas instituciones contenidas en el código de comercio anterior que no habían tenido una evolución legislativa desde la época en la que el General Eloy Alfaro ocupó la Presidencia de la República.

Pese a que la nueva legislación mercantil ha incluido temas novedosos como el comercio electrónico y algunas otras nociones comerciales que hoy en día se utilizan en las economías más desarrolladas del mundo se debe señalar que estas actualizaciones no se han traducido necesariamente en una disminución en los costos de transacción, el código de comercio del 2019 también acarrea algunos problemas como la

sobrerregulación y la confusión de instituciones.

Respecto a este último punto se puede hablar de forma abundante, el legislador tiende a confundir instituciones en varios cuerpos normativos de la legislación ecuatoriana, sin embargo, en este punto es pertinente resaltar que en la legislación mercantil esto puede suponer un riesgo precisamente porque pueden aumentar considerablemente los costos de transacción en las relaciones comerciales donde inclusive se realizan transacciones con activos de Propiedad Intelectual.

Un ejemplo de una institución que ha sido confundida por el legislador y que tiende a aumentar los costos de transacción en cualquier negocio es la prestación irrisoria que se define en el artículo 217 del código de comercio como aquella prestación que es ínfima, inequitativa equivalente o desequilibrada en relación a la prestación del otro contratante.

Esta institución es utilizada y de hecho resulta muy útil en contratos de naturaleza civil sin embargo es un error haberla aplicado en la legislación mercantil, sin embargo, esto es precisamente lo que ha hecho el nuevo código de comercio en su artículo 217 donde enuncia dos escenarios en los cuales se puede constituir una prestación en irrisoria:

> a) Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación.
>
> b) La naturaleza y finalidad del contrato.
>
> (Código de Comercio, 2019, Art.217)

Aplicar la prestación irrisoria en el ámbito mercantil es un error ya que se trata de una institución pensada para proteger a la contraparte que no posee experiencia en negociación dentro de un negocio jurídico, sin embargo, en el campo del Derecho comercial es necesario que exista un saludable flujo de capitales y, sobre todo, que los negocios se realicen con agilidad.

La ley debe abstenerse se intervenir estos escenarios donde existen otros mecanismos con los que el comerciante se puede blindar, además, en este caso específico la legislación comercial debe dar por hecho que el comerciante es un agente que utiliza el mercado de forma regular y por ende cuanta con la experiencia necesaria; asumir la postura contraria aumentaría los costos de transacción y el riesgo de incumplimiento en los contratos.

En efecto, una de las consecuencias adversas que puede tener la prestación irrisoria en temas comerciales ocurriría, por ejemplo, si en una relación contractual esta es utilizada por uno de los contratantes como una forma "legal" de incumplir el contrato. El sujeto en cuestión perfectamente puede alegar que por alguno de los escenarios mencionados en el artículo 217 del código de comercio que justifiquen que la prestación ha resultado ínfima, inequitativa equivalente o desequilibrada.

A posteriori la inexistencia de prestación irrisoria es complicada de probar y por ello el riesgo en los negocios se ve incrementado lo que obliga a los abogados encargados de la elaboración de contratos a recurrir a elementos adicionales y soluciones bajas para proteger el negocio jurídico como por ejemplo hacer una declaración por escrito en el contrato de que los contratantes tienen experticia en el Comercio, sin embargo, con este tipo de soluciones se pierde la esencia pragmática del contrato y pasa a ser una mera arma legal que no cumple con su finalidad de instrumento facilitador de negocios.

En materia de Propiedad Intelectual los problemas normativos como estos pueden incrementar el litigio y como apunta la solución de controversias en este ámbito no puede limitarse a la judicialización de todas ellas, por su naturaleza esto representaría un coste económico y social importante y perjudicial para capitalizar los beneficios de la Propiedad Intelectual (Lipszyc, 2004, p. 53).

Un problema adicional que está relacionado a lo anterior es la presencia de barreras burocráticas excesivas o irrazonables en el ámbito de gestión de derechos intelectuales.

Una barrera burocrática es una limitación que la administración impone para que el derecho de los privados a participar del mercado no sea ilimitado y el Estado pueda tener cierto nivel de control respecto a las actividades que se realizan en el mercado. Las barreras burocráticas por sí mismas no son perjudiciales para el mercado, el problema surge cuando estas desalientan la inversión y restringen el acceso al mercado (Baca, 2009, p.78).

En el Ecuador el tema de eliminación de barreras burocráticas no tiene un desarrollo tan vertiginoso como el que ha tenido en países vecinos que poseen una economía mucho más liberalizada como en el caso de Perú, sin embargo, este tema debería ser de gran preocupación en el ámbito nacional en donde restricciones irrazonables de entrada y salida del mercado se constituyen en un obstáculo para la generación de capital.

A lo largo del punto dos y tres de este artículo se ha expuesto una serie de inconvenientes que dificultan la explotación de activos intangibles de Propiedad Intelectual y se ha señalado a la legislación en sus diversos ámbitos (Administrativo, Mercantil, etc.) como su origen inmediato.

En este sentido, para superar estos problemas será necesario buscar mecanismos para que la legislación flexibilice el acceso al mercado y genere emprendimiento e inversión, este no es un trabajo sencillo y requerirá de la aplicación de un programa de mejora regulatoria que tenga como eje la identificación de principios e instituciones confundidos por el legislador y que tienden a aumentar los costos de transacción.

Al mencionar la mejora regulatoria se hace referencia a identificar los factores que hacen ineficiente a la legislación a fin de someterla a un programa de análisis en el cual, bajo principios económicos se buscará optimizarla, hay que resaltar que este examen por sí mismo tienen un carácter continuo en el tiempo (Sumar, 2018, p.37).

Este proceso de cambio en la regulación, así como toda renovación del paradigma de administración estatal implica una profunda revisión del marco jurídico-administrativo.

Esta labor, sin embargo, requerirá de una coordinación entre los diversos actores del sistema, además que parte del éxito radica en la capacidad de encontrar un punto de equilibrio entre la norma formal y las reglas sociales existentes.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente ensayo se ha realizado un análisis acerca de la importancia de la Propiedad Intelectual para el desarrollo humano y los principales dilemas que debe enfrentar para convertirse en un mecanismo de desarrollo en países como el Ecuador.

En primer lugar, se resaltó el papel fundamental de la propiedad intelectual como un campo de la ciencia jurídica que va más allá de su dimensión proteccionista de los derechos de los creadores y pasa a ser un medio para alcanzar el desarrollo debido a su potencial de incentivar al avance de la ciencia y la tecnología.

Además, se mencionaron algunos factores que impiden capitalizar los beneficios de la propiedad intelectual de forma eficiente, se realizó especial énfasis en que dichos problemas encuentran su origen en la calidad del ordenamiento jurídico y las deficiencias que este posee como la sobrerregulación, la mala interpretación de principios e instituciones por parte del legislador, entre otros, que traen como consecuencia directa el aumento de costos de transacción y dificultan el flujo del mercado en materia de Propiedad Intelectual.

Estas problemáticas no serán fáciles de superar al corto plazo pues han estado presentes desde siempre en América Latina, una región donde gran parte de la población tiene serios inconvenientes para acceder al mercado, por este motivo se hace necesaria la aplicación de programas de mejora regulatoria que corrijan estas falencias en la concepción y aplicación práctica

del Derecho a fin de reducir costos de transacción, disminuir la litigiosidad y generar eficiencia para de esta manera potenciar la dimensión capitalizadora de la Propiedad Intelectual y alcanzar el desarrollo bajo los más altos estándares internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arias, X. Caballero, G. (2003). Instituciones, costos de transacción y políticas públicas: un panorama. *Revista de economía institucional.* 5(8), (pp. 117-146).

Asamblea Nacional del Ecuador. Código de Comercio. [Cod.]. (2019). R. O. 497 de 29 de mayo de 2019.

Baca, M. Saavedra, H. (2012). Competencia de INDECOPI para conocer de barreras burocráticas que limitan la inversión en servicios Públicos e infraestructura de obras públicas. *Revista ITA IUS ESTO,* 2 (1), (pp. 77-94).

Beade, L. (2016) Observaciones acerca de la relación entre ética y derecho en la metafísica de las costumbres. *Ideas y Valores*, 65 (162), (pp. 135-160).

Cano-Nava, M. (2011). Modelo epistemológico de la teoría tridimensional del derecho. Convergencia: Revista de ciencias sociales. 18(57), (pp. 209-228).

Diario El País. (17 de noviembre de 2018). Los valores intangibles pesan más que nunca en la cotización total. *Diario El País.* Recuperado de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/16/fortunas/1539709258_777544.html

Franco, J. (2012). *Diseño de políticas públicas*. Ciudad de México, México: Grupo Editorial y de investigación Polaris.

Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Zabalía.

Londoño, M. Restrepo, L. (2013). *Patentes: Herramientas de Innovación*. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Medellín. (pp. 25-45.)

Míguez, P. (2018) La propiedad intelectual y la mercantilización forzada del conocimiento. Universitas, *Revista de Ciencias Sociales y Humanas,* 4 (29), (p. 43-65).

Mutter, K. (2006). Propiedad intelectual y desarrollo en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos,* 8(2), (pp. 85-101).

Plata, L. (2007). Introducción al análisis económico de los derechos de autor. *Revista de Derecho*. (pp. 284-299).

Robayo, B. (2017). El enfoque adecuado de la propiedad intelectual desde un país en desarrollo. *Iuris Dictio,* 19(1), (pp. 261-268).

Rozanski, F. (2003). El valor de la propiedad intelectual en los países en desarrollo. *Asociación Interciencia,* 28(2), (pp. 105-110).

Súmar, O. (2018). *Más Allá del análisis económico de la regulación*. Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones PUCE. (p. 20-37).

Recibido: 21/11/2019
Aprobado: 12/06/2020
René Antonio Gálvez Delgado: Investigador jurídico independiente
Correo electrónico: renegalvez627@gmail.com
Ciudad: Quito
País: Ecuador

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) es una publicación científica digital de carácter bianual de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Constituye la Segunda Época de la revista originalmente editada en 1999. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos originales (investigación, revisión, análisis, según su grado de complejidad y aporte) y de forma alternativa resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea, informes y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837